DRITTO CIVILE SPIEGATO

SULLE

DONAZIONI TRA VIVI

E SU'

TESTAMENTI

Digitized by Google

SULLE

DONAZIONI TRA VIVI E SU' TESTAMENTI

COMENTI

DEL TIT. II. DEL LIB. III. DEL COD. CIV.

DI

TROPLONG

PRIMO PRESIDENTE DELLA CORTE DI CASSAZIONE DI FRANCIA MEMBRO DELL'ISTITUTO,
UFFICIALE DELLA LEGION D'ONORE

RECATI IN ITALIANO ED ANNOTATI

DALL'AVVOCATO

DOMENICO VALENTE

NAPOLI
STABILIMENTO TIPOGRAFICO BATELLI
Salita Magnocavallo n. 66, p. p.

1856

Digitized by Google

CODICE NAPOLEONE

LIBRO III. TITOLO II.

DELLE DONAZIONI TRA VIVI E DEI TESTAMENTI

Decretato il 13 floreale anno XI (3 maggio 1803), *promulgato il 23 floreale anno XI* (13 di maggio 1803).

SEZIONE II.

DELLE ECCEZIONI ALLA REGOLA DELL'IRREVOCABILITÀ DELLE DONAZIONI TRA VIVI.

ARTICOLO 953 — (878)

La donazione tra vivi non potrà essere rivocata, che per causa d'inadempimento delle condizioni, sotto le quali sarà stata fatta, per causa d'ingratitudine, e per causa di sopravvenienza di figli (a).

SOMMARIO

COMENTARIO

1284. La legge non ha permesso di potersi attentare ad una donazione legalmente consumata, affinchè si mantenga con fermezza la volontà delle parti e la buona fede nelle convenzioni. Ma il legislatore sarebbe andato contra il suo scopo, se avesse permesso, che quello, che per rispetto della giustizia aveva stabilito, servisse di mezzo per favorire la frode; se avesse consentito, che il donatario si formasse di questa irrevocabilità un dritto per obliare i doveri della riconoscenza, ai quali la probità l'obbliga verso del suo benefattore, e per prendersi a giuoco le condizioni, che gli fossero state imposte. La clausola risolutoria, sottintesa in tutt' i contratti per inesecuzione delle condizioni, deve a maggiore ragione aver luogo in una convenzione, nella quale il donatario riceve i più incontestabili segni della benevolenza del donante.

Siegue da ciò, che il principio della irrevocabilità delle donazioni deve necessariamente escludersi nel caso, in cui il donatario non eseguisse le condizioni del patto, ed anche in quello,in cui si rendesse colpevole di una nera ingratitudine. In tali casi non è per certo eccessivo di privarlo dell' oggetto donato e di quel benefizio, del quale si è mostrato indegno.

1285. Vi è un altro caso, che ha colpito il legislatore, ed è la rivocazione della donazione per causa di sopravvenienza di figli. Si è pensato, che un uomo, che non aveva figli,

(a) Corrisponde all'art. 878 delle Leggi civili, cui è uniforme. *Il traduttore.*

Digitized by Google

poteva indursi facilmente a donare, ma che il patrimonio del padre essendo naturalmente devoluto a coloro, che sono come la continuazione di sè stesso, si sarebbe mostrato meno liberale, se avesse avuto figli nel momento della donazione. Pel quale motivo di pietà verso de' figli si è giudicato morale di stabilire, che ogni donazione fatta da un uomo senza figli è riputata fatta con la condizione tacita risolutoria di rivocazione, se viene ulteriormente ad avere de' figli.

L'art. 953 formola queste tre cause di rivocazione, e non fa, che rinnovare l'antica legislazione, le cui disposizioni erano sì sagge su questo punto.

1286. Il Codice non parla qui della rivocazione per frode fatta a' creditori; se ne occupa nell' art. 1167 del Codice Napoleone (a). Ho esposto de' principî intorno a ciò in un rapporto alla Corte di Cassazione (camera de' ricorsi) che si trova nelle raccolte (1). Mi limito a rinviarvi per non allungare un lavoro già considerevole.

Articolo 954 — (879)

Nel caso di rivocazione per causa d'inadempimento delle condizioni i beni rientreranno nelle mani del donante liberi di tutt'i pesi ed ipoteche provvenienti dal donatario, ed il donante avrà contro i terzi detentori degl'immobili donati tutt' i dritti, che avrebbe contro lo stesso donatario (b).

SOMMARIO

1287. Divisione.
1288. La risoluzione per causa d'inadempimento delle condizioni è di regola ne'contratti sinalagmatici.
1289. Però bisogna nella donazione, che il donante o un terzo abbia interesse all' adempimento delle condizioni.
1290. *Quid* se il fatto imposto al donatario è impossibile? Distinzione da farsi.
1291. Continuazione.
1292. Continuazione.
1293. Continuazione.
1294. Continuazione.
1295. La rivocazione della donazione non ha luogo di pieno dritto, ma dev'essere dimandata in giudizio dopo di una messa in mora, rimasta infruttuosa.
1296. Può essere stipulato, che la sola scadenza del termine basterà per operare la messa in mora.
1297. Se non vi è stipulazione espressa, bisogna un'intimazione.
1298. *Quid*, se la cosa, che formava il peso, e ch'ora possibile in tempo del contratto, è divenuta dopo impossibile? — Distinzione.
1299. Per effetto della risoluzione la cosa donata rientra libera nelle mani del donante. — Rinvio circa la restituzione do'frutti percepiti.
1300. L'azione di rivocazione per causa d'inesecuzione può essere esercitata dagli eredi del donante.
1301. I terzi detentori sono soggetti all'azione di restituzione.
1302. Il donante, che ha un'azione reale, non ha privilegio sulla cosa donata. — Conseguenza.
1303. Della prescrizione dell'azione di risoluzione. — Rinvio.

COMENTARIO

1287. Per ben chiarire le difficoltà di questo articolo, conviene esaminare tre importanti punti.

1. La natura dell' obbligazione, la cui inesecuzione può fare risolvere la donazione.

2. Quando vi è luogo a dimandare questa rivocazione.

3. Quali effetti essa produce (2).

1288. Primieramente per ricordare i principî diciamo, che la legge nel pronunziare la risoluzione d' una liberalità tra vivi per causa d' inadempimento delle condizioni imposte al donatario, non ha fatto nulla di particolare per le donazioni. Tutti i contratti sono sottoposti per la medesima causa alla stessa risoluzione. Ed in effetti l' art. 1184 del Codice Napoleone (c) dice: « Che la condizione risolutoria è sempre sottintesa ne' contratti sinalagmatici pel caso, in cui una delle parti « non adempirà alla propria obbligazione (3) ».

La legge finale C., *De revocand. donat.*, pronunziava pure di una maniera speciale la rivocazione delle donazioni per inadempimento delle condizioni imposte al donatario. Ecco come si esprime: « *Generaliter sancimus*, « *omnes donationes lege confectas, firmas*, « *illibatasque manere, si non donationis acceptor ingratus circa donatorem inveniatur, ita ut quasdam conventiones, sive in-* « *scriptis donationi impositas, sive sine scri-*

(a) Art. 1120 delle Leggi civili. *Il trad.*

(1) Cassaz. 2 genn. 1843 (Devill. 43, 1, 115 e seg.)

(b) Quest'articolo è uniforme all'art. 879 delle Leggi civili. *Il traduttore.*

(2) V. il Cod. Giust., *De condict. ob caus. dat.*, *De revoc. donat.*, *De donat., quae sub modo*. Furgole t. IV, cap. 11, sez. 1, n. 27 e seg.

(c) Art. 1137 delle Leggi civili. *Il traduttore.*

(3) « *Ex causa non secuti implementi donatio ipse jure revocata intelligitur, licet donationi non sit inserta clausola illa vulgaris, ut si conventionibus satisfactum non esset, donatio resolveretur.* » (Fabro, C., De revoc. donat. def. 12.)

Digitized by Google

« ptis habitas, quas donationis acceptor spo-« pondit, minime implere voluerit.» La legge 52, D., *De condict. indeb.* porta la stessa decisione.

1289. Ma onde questa risoluzione abbia luogo bisogna, che il peso imposto al donatario sia di qualche cosa, cui il donante od un terzo abbia interesse, dapoichè se il modo apposto alla donazione fosse tutto intiero nello interesse del donatario, l'inadempimento da parte sua non potrebbe dare luogo alla rivoca della donazione, mentre questo modo sarebbe più un consiglio che un peso: « *Quum quis « acceperit, ut in suo aedificet, condici ei id « non potest, quia magis donare videtur*(1).» Ove sarebbe l'interesse del donante a dimandare la risoluzione della donazione (2)?

1290. Quando il fatto imposto al donatario è impossibile, si può domandare per causa di inadempimento la rivocazione della donazione (3)?

Bartolo distingue più casi: il primo ha luogo, quando il donante dona una cosa col peso di un fatto, che poteva ragionevolmente non sapere impossibile. Tal è quello esposto dal Giureconsulto Nerazio, e riferito da Ulpiano nella legge 3, §. 5, D., *De condict. caus. dat. caus. non secuta* (4). Un certo Paride comediante avendo donato una somma di danaro a Domizia, figlia di Nerone, per avere la sua libertà, riconobbe in seguito, esser egli libero. Il peso della donazione diveniva dunque impossibile ad adempiere, non per una impossibilità di natura evidente pe' meno chiaroveggenti, come sarebbe l'obbligazione di toccare il cielo col dito, ma per una impossibilità, che il donante aveva potuto ignorare, non sapendo, se fosse libero o schiavo. Questo Paride agì per la ripetizione della somma donata, e l'ottenne, senzachè si verificasse, se Domizia aveva saputo o pur no, non esser egli libero. D'onde Bartolo cava questa regola: *Quando aliquis dat ob causam impossibilem ignoranter, habet locum haec condictio* (5).

La ragione si è, che il donante si era indotto a donare solamente perchè voleva avere per corrispettivo la sua libertà, della quale credeva non essere investito, e che per conseguenza credeva la sua manomissione possibile (6).

1291. Per farsi delle idee giuste su questa quistione bisogna prima di ogni altro considerare, che nella specie messa da Nerazio si tratta ben più di un contratto innominato *do ut facias*, che d'una donazione propriamente detta, e che l'art. 900, che fa eccezione ad un principio generale, non dev'essere esteso a degli atti, che non essendo positivamente compresi in questa eccezione, sono restati sotto l'impero del dritto comune.

Rimarcate in oltre, che il comediante Paride aveva voluto fare meno una liberalità a Domizia, che ottenere la sua propria libertà, e che essendo libero senza saperlo, la causa del contratto era radicalmente falsa; il che lo viziava nella sua essenza (7).

1292. Bisognerà rendere la stessa decisione in tutt'i casi, in cui il peso è la causa della donazione, e ch'essa si trova falsa all'insaputa del donante.

Per esempio Pietro dona 10,000 franchi a Francesco per favorire il suo matrimonio con Giulia, ignorando che tra Francesco e Giulia esiste un impedimento radicale fondato su' legami del sangue. Pietro potrà farsi restituire i 10,000 franchi; *Condictio dati*, dice Voet, *non deneganda est* (8). La ragione si è, che il matrimonio di Francesco con Giulia era la vera causa della donazione, che Pietro non avrebbe fatto una donazione senza di questa unione, e che l'unione venendo a mancare, il dono svanisce con essa (9).

1293. Ma al di fuori di questo caso non vorrei decidere, che la condizione impossibile, *ignoranter*, dovesse produrre (il donatario non potendo adempirla) la risoluzione della donazione. Credo al contrario, che bisogna mantenere l'art. 900 del Codice Napoleone ogni volta, che si tratterà di liberalità propriamente detta, e che non si potrà dire, essere falsa la causa del contratto (10).

Por esempio desiderando di fare qualche cosa, che vi sia grata, e sapendo, che tenete ad arrotondire la vostra proprietà, vi dono 10,000 franchi per comprare quel tale pezzo di terra, che vi è a confine. Si trova in seguito, che questo pezzo di terra vi appartiene, la donazione non sussisterà meno. Io ho voluto gratificarvi; tale sopratutto è stato il mio pensiero; poichè voi lo siete, il mio scopo è adempito, e manco d'interesse par la risoluzione (11).

1294. Il secondo caso distinto da Bartolo ha luogo, quando il donante o lo stipulante impone alla donazione un peso, che sa, essere impossibile, e decide, che l'inadempimento non dà al donante il dritto di ripetere la cosa donata.

Questa soluzione è espressamente autorizzata della legge 8, C., *De condict. ob caus. dat.*: « *Dictam legem donationi, si non impossibi-*

(1) L. 13, § 2, D., *De donat. inter vir. et uxor.* Voet, XII, 4, 8.
(2) *Supra* n. 355 Furgole IV, 11, 1, 28 e seg.
(3) Supra n.i 357, 358.
(4) Pothier, Pand. t. 1, p. 363, n. 4.
(5) Aggiungi Doneau, *Comment. de jure civili*, lib. 14, cap. 23, n. 5. Voet *ad Pand.* lib. 12, t. IV, n. 7.

(6) Sopra n. 229 e seguenti.
(7) Sopra n. 230.
(8) XII, 4, 7. Doneau sulla legge 8, C., *De condict. ob caus. dat.*, *Aggiungi* t. 1, 5, 6, 9 di questo tit.
(9) *Infra* n. 2471.
(10) *Supra* n.i 229, 230.
(11) Furgole XI, 1, 28.

Digitized by Google

« *lem contineat causam, ab eo, qui hanc su-* « *scepit non impletam, conditioni facere lo-* « *cum, juris dictat disciplina* (1) » ed essa serve di base agli insegnamenti di Voet (2) e di Doneau (3). Ed in effetti è chiaro, aver egli donato o aver voluto donare puramente e semplicemente, *donasse videtur*, come dice Voet (4).

L'art. 900 del Cod. Napoleone (a) toglie ogni obiezione su questo punto. Colui, che scientemente apponesse ad una donazione un peso impossibile, non potrebbe prevalersi dell'inesecuzione per ripetere quello, che ha donato. Così, se dicessi: Vi dono la mia casa de Villes a peso, che mi diate tutto l' oro del Potosi, la donazione sussisterebbe, benchè sia evidente, che non mi potrete mai dare tutto l'oro del Potosi.

Nè si potrebbe dire, che qui si tratta d' un contratto innominato *do ut facias*, piuttosto che di una donazione tra vivi, e che l' articolo 900 non è applicabile. Imperocchè bisognerebbe rispondere, non esservi nulla di sinallagmatico in una stipulazione di questo genere; il donante non ha potuto mai credere seriamente, che gli si darebbe tutto l' oro del Potosi, il perchè ha apposto questa ridicola condizione per un trastullo, non avendo affatto la intenzione di obbligare il donatario a checchesia.

1295. Esaminiamo ora quando vi è luogo a dimandare la rivoca della donazione.

Primieramente rimarchiamo, che questa rivoca facendosi in virtù d'una condizione tacita, non ha luogo di pieno dritto (5), dapoichè vi è differenza tra la clausola risolutoria tacita e la clausola risolutoria stipulata. Questa opera di pieno dritto; l'altra non ha questa virtù, e di quest'appunto dice il Codice: » In questo « caso il contratto non è risoluto di pieno « dritto. La parte verso della quale l'obbliga- « zione non è stata adempita ha la scelta o di « forzare l'altra all' esecuzione della conven- « zione, quando è possibile, o di dimandarne « la risoluzione co'danni ed interessi ». La risoluzione dev' essere dimandata in giudizio, e può essere accordata al convenuto un termine secondo le circostanze (Art. 1184 (b)) (6).

Onde il donante possa dimandare la rivocazione della donazione, bisogna che il donatario sia stato messo in mora per adempiere il peso, e che non l'abbia adempito (7).

1296. Il donatario può essere stato messo in mora nell' istante stesso della donazione, s' è stato stipulato, che la sola convenzione produrrebbe quest'effetto, senzachè vi sia bisogno d'atto e per la sola scadenza del termine (art. 1139, Codice Napoleone (c)); come per esempio: « Vi dono la mia casa di Senneterre col « peso, che mi darete in tre mesi il vostro ma- « noscritto sulle guerre della rivoluzione, vo- « lendo, che per la sola scadenza del termine, « e senzachè vi sia bisogno di altri atti, siate « costituito in mora ». Se alla scadenza del termine non mi avrete rimesso il vostro manoscritto, sarò in dritto di dimandare la rivocazione della donazione, senzachè il giudice possa prorogare il termine.

1297. Però non obliamo, che la sola scadenza del termine senza la stipulazione, di cui abbiamo parlato, non potrebbe mettere in mora il donatario, perciocchè il principio del dritto romano, *dies interpellat pro homine* è abrogato dall'art. 1139 del Codice Napoleone (d).

Epperò se a capo di tre mesi non mi avete rimesso il manoscritto, sarò obbligato d' intimarvi, onde me lo diate tra un dato termine, e solamente quando non avrete purgata la mora, potrò dimandare la rivocazione della donazione.

Se adunque la messa in mora non è stata stipulata col contratto di donazione, il donante è obbligato di mettere il donatario in mora di adempire Prima di questa interpellazione il donatario non è astretto a fare spontaneamente ciò che è contenuto nell' obbligazione, nè è in ritardo di farlo, che quando è stata giudiziariamente interpellato (Art. 1139 (e) (8)).

Pothier del pari stabilisce questa regola nelle sue Pandette (9): *Conditioni ob rem dati tunc locus esse incipit, quum in mora faciendi fuit is, qui accepit.*

1298. Ma che arriverebbe, se la cosa, che costituisce il peso, e che era possibile nel giorno del contratto, fosse in seguito divenuta im-

(1) V. Pothier, *Pand.* t. I, p. 363, n. 4.

(2) *Ad Pand.* XII, 4, 7.

(3) « *Ratio*, dice quest'autore, *ex voluntate dantis* « *ducta, quia causam impossibilem adjecit, non vide-* « *tur hoc animo fuisse, ut vellet inde ullam obligatio-* « *nem debitori nasci. At hoc pro non adjecto est. Scie-* « *bat enim qui dabat sequi non posse.*» (*Comment. jur. civ.* lib. 14, cap. 23, n. 5). Ed in effetti nel pagare la cose contenute nelle donazione, si presume di avere rinunziato a reclamarne le restituzione per un peso, che sapeva impossibile. Perocchè, dice d'altronde Voet: « *Si* « *quis sciens indebitum solvat, lex praesumptionem do-* « *nationis inducit, et ob id impedit soluti repetitionem.* » L. 53 *De reg. jur.* (ad Pand. lib. 39, t. V, n. 5, *De donat.*)

(4) *Loc. cit.*

(a) Art. 316 delle Leggi civili. *Il traduttore.*

(5) « *Aliud juris est si quid tacite continetur, aliud si* « *verbis exprimatur.* » V. il testo preciso dell'art. 956. *Infra* n. 2095. Sopra n. 294.

(b) Art. 1137 delle Leggi civili. *Il traduttore.*

(c) Art. 1093 delle Leggi civ: *Il trad.*

(6) *Infra* n. 2095.

(7) *Supra* n. 358. V. su di ciò Furgole t. IV, cap. 11, sez. 1, n. 33.

(d) Art. 1093 delle Leggi civ. *Il trad.*

(e) Art. 1093 delle Leggi civ. *Il trad.*

(8) « *Mora est proprie si interpellationi debitor non* « *obtemperavit, hoc est si non solvat; et moram proprie* « *creat interpellatio*, NEC VIDETUR PROPRIE MORAM FE- « CISSE QUI NON INTERPELLATUS EST. » (Cuj., *Quaest. Papin.* lib. 2, *Ad leg.* 1, *De usur.*)

(9) T. I, p. 363, n. 6.

Digitized by Google

possibile; per esempio, se un incendio sopravvenuto in casa vostra fortuitamente avesse bruciato il vostro manoscritto, potrei allora fare rivocare la donazione per inadempimento del peso?

Questa quistione si risolve con una distinzione: o l'evento di forza maggiore, che rende la cosa impossibile, è sopravvenuto primachè siete stato costituito in mora, o dopo.

Se è sopravvenuto prima di essere stato voi costituito in mora, non potrò dimandare la risoluzione della donazione, perchè il manoscritto era a mio rischio, *res perit domino* (articolo 1138 del codice Napoleone (a)). Così se vivendo una proprietà, che posseggo in Ispagna, e che voi mi pagate una parte del prezzo, se prima di essere stato io messo in mora, il nemico s'impadronisce di questa proprietà, non sono responsabile di questa forza maggiore, è avvenuta a vostro rischio, e potrò esigere da voi il residuo del prezzo (1).

La legge 3, § 3, D., *De condict. caus. dat: caus. non secuta* dà questo esempio: « Vi deo 200 franchi, affinchè diate la libertà a « Stico. Se egli muore primachè voi siate in « mora, non potrò ripetere i 200 franchi. » In questo senso anche deve essere intesa la legge 10, C, *De condict. ob caus. dat.*, che altrove abbiamo citata (2).

Ma se l'evento di forza maggiore è sopravvenuto dopo di essere stato voi costituito in mora allora la cosa è perita a vostro rischio, e potrò dimandare la rivocazione della donazione (3). Dapoichè l'effetto della mora è di mettere la cosa stipulata a peso ed a rischi del debitore (4).

1299. La risoluzione della donazione fa rientrare la cosa nelle mani del donante così libera come ne è uscita (5) E la ragione si è, che la donazione è fatta *ex causa antiqua et primaeva* (6), e che il dritto del donatario essendo risoluto, coloro, che tengono da lui, si trovano nel medesimo caso. Noi abbiamo spiegato questo effetto altrove. Diciamo essere questa causa *primaeva et antiqua*, perchè è necessariamente contenuta nel contratto. Opera di pieno dritto, *ex necessitate pacti impressi in ipsa rei traditione*, perchè la donazione porta con se la condizione sottintesa, di non valere se non in quanto avrà il donatario adempito il peso. Da che segue, che se il peso non è adempito, la donazione si trova risoluta non *ex causa voluntaria* ma *ex causa necessaria* (7). Ora è di regola, che la risoluzione, che si opera *ex causa necessaria* risolve le ipoteche.

Si può esigere la restituzione dei frutti percepiti?

Ho trattato questo punto più sopra con sufficiente sviluppamento (8).

1300. Se il donante non esercita in sua vita l'azione di rivocazione, nulla vieta a' suoi eredi di esercitarla dopo di lui. È vero, (come più tardi vedremo) che l'azione di rivocazione per causa d'ingratitudine non può essere esercitata, che dallo stesso donante, e che si può dire, che il donatario, che ricusa di adempiere il peso della donazione, si rende colpevole di una sorte d'ingratitudine. Ma questa obbiezione non è sostenibile, dapoichè vi è una gran differenza tra la rivocazione per ingratitudine e la rivocazione per inadempimento dei pesi. Questa dipende da una condizione tacita, e si suppone sempre; quella, per lo contrario non si suppone mai. La rivocazione per causa di inadempimento prende la sua sorgente meno nella persona del donante che nell'atto stesso. D'altronde è una vera *condiction*, e si sa, che questa specie di azione passa agli eredi (9).

1301. L'azione di restituzione si esercita contra i terzi detentori (10).

1302. Ma il donante ha un'azione reale *rei persecutoria*, non ha privilegio sulla cosa, ed il conservatore non è tenuto di prendere inscrizione di ufficio per la conservazione dei pesi, quando fa la trascrizione (11).

1303. In quanto alla prescrizione dell'azione di risoluzione, bisogna vedere il nostro commentario dell'art. 2257.

Articolo 955 — (880)

La donazione tra vivi non potrà essere rivocata per causa d'ingratitudine, che ne' seguenti casi:
1.° Se il donatario ha attentato alla vita del donante;

(a) Art. 993 delle Leggi civili. *Il traduttore.*

(1) L. 11, D., *De evict.*
(2) N. 357.
(3) Pothier, *Oblig.*, n. 142, 143.
(4) « *Mihi certissimum videtur casu fortuito liberationem sequi, quoties ab eo ipso debitore causa implenda, ita (id est fortuito casu) impeditur, ac periculum ante moram* CREDITORIS *esse, quae communis est sententia. Quo moveor tum generali regula rem sine culpa debitoris peremptam solvere illum obligatione, tum claris et perspicuis legibus*, l. 5, § 1, D., *De praescript. verb.*, et l. *penult.*, C., *De condict. ob caus. dat.* » Nota di Osvaldo Hilligero su Doneau, *Comment. de jur. civ.*, lib. 14, cap. 21, n. 5, 6 e seguenti.
(5) Sopra n. 361.
(6) Sopra n. 288.
(7) Loyseau, *Del rilascio degl'immobili* 6, 3, 9.
(8) N. 295.
(9) Fabro, C., *De revoc. donat.*, def. 14.
(10) V. il mio Comm. della *Permuta* n. 25, ed il mio Comm. del *Contratto di matrim.* ni 3059 e 3061 art. 914. C. Napol. (*).
(11) Orleans, 26 maggio 1848 (Devill., 48, 2, 615). Il mio Comm. delle *Ipoteche*, n. 216.

(*) Art. 879 delle Leggi civili. *Il traduttore.*

Digitized by Google

2.° Se si è reso colpevole verso di lui di sevizie, delitti, o ingiurie gravi;
3.° Se gli ricusa gli alimenti (a).

SOMMARIO

COMENTARIO

1304. La rivocazione per causa d'ingratitudine è uno dei punti capitali del nostro subjetto, ed è ancora uno di quelli, in cui brilla nel più alto grado l'alleanza della morale e della giurisprudenza.

Il dritto romano aveva stabilito sotto gl'Imperatori la base di questo punto di dritto. La legge 6, D., *De agnos. lib.* toglieva agli affrancati ingrati il benefizio della libertà (1).

Più tardi l'ingratitudine fu una causa non meno giusta della rivocazione delle donazioni fatte dai padri ai loro figli (2).

Successivamente questa pena fu estesa alle donazioni fatte dalle madri (3) e dagli altri ascendenti (4).

Era riserbato a Giustiniano di accordare ai donanti estranei il dritto di fare rivocare la donazione per causa d'ingratitudine. Il che fece nel 530 con la famosa legge *Generaliter*, che è l'ultima del codice *De revocandis donat.*

Questa legge importante fissa nel numero di cinque i casi d'ingratitudine caratterizzati. Ecco le sue espressioni: « *Ita ut injurias* « *atroces in eum effundat, vel manus impias* « *inferat, vel jacturae molem ex insidiis suis* « *ingerat, quae non levem sensum substan-* « *tiae donatoris imponat; vel vitae periculum* « *aliquod ei intulerit, vel quasdam conven-* « *tiones sive in scriptis donationi impositas,* « *sine scriptis habitas, quas donationis* « *acceptor spopondit, minime implere vo-* « *luerit.* »

1305. Nulladimeno è una quistione agitata tra i filosofi quella di sapere, se l'ingratitudine dev'essere punita altrimenti, che con l'odio delle persone oneste. L'estimazione dell'ingratitudine sembrava a Seneca sì difficile e sì incerta, che egli ama meglio di lasciarla giudicabile dall'opinione che dalla legge. « *Sed* « *cum difficilis esset incertae rei aestimatio,* « *tantum odio damnavimus et inter ea reliquimus, quae ad judices deos mittimus* (5). » E poi non sarebbe forse distrutto il merito principale del benefizio, se come un prestito o un contratto di locazione dasse luogo ad una azione (6)? La riconoscenza non cesserebbe di essere la più onesta cosa del mondo, se fosse forzata? Quale onore vi sarebbe nell'essere riconoscente, se non si potesse con ogni sicurezza mostrarsi ingrato? D'altronde tutti i tribunali sarebbero appena sufficienti per l'esecuzione di quella legge, che sottoponesse l'ingrato ad un'azione. Ciascuno esagera i propri benefizi, o i servigi che ha reso.

Non seguirò Seneca nei suoi ingegnosi sviluppamenti, ma mi affretto di dire, che quando si è bene penetrato del pensiero di questo filosofo, si vede chiaramente, che il suo punto di veduta differisce molto da quello, in cui ci mettono le leggi imperiali, delle quali abbiamo parlato. Quello, che lo preoccupa, è lo stabilimento d'un'azione penale per punire il delitto d'ingratitudine. Là egli vede degl'innumerevoli inconvenienti risultanti da estimazioni ingannatrici, da delicate circostanze, dal

(a) Quest'art. è uniforme all'art. 880 delle Leggi civili. *Il trad.*

(1) Nel 192; rescritto dall'imperatore Commodo. *Aggiungi* l. 1, C., *De revoc. donat.* (nel 250).

(2) L. 2. C. Theod., *De revoc. donat.* Essa parla in una legge più antica, che Giacomo Gotofredo attribuisce a Diocleziano, Massimiano, Galerio, e Costanzo.

(3) V. il medesimo titolo e la legge 7, C. Giustin., *De revoc. donat.*

(4) L. 6 C. Teod. *loc. cit.* L. 9, C. Giustin. *loc. cit.*, o l. unic, C. *De ingratis liberis.*

(5) *De benef.*, 3, 6.

(6) N. 7.

grado di merito dei servigi, ecc. Tutto quello, che dice, è di un profondo osservatore, che unisce la sottigliezza dell' ingegno alla profondità, ed il giureconsulto non può qui, che applaudire alla dottrine del filosofo; dapoichè tenendo conto dell' imperfezione degli uomini e dell' impossibilità di rendere le leggi del mondo così severe come quelle dello coscienza, si è obbligato di dire dopo di avere umanamente valutate le cose umane, che l'ingrato nella società non potrebbe essere punito più dell' empio, del cattivo, del crudele, del furioso, se si può riguardare coma impunito chi è abborrito (1). Epperò sarebbe un andare troppo lontano, imitando la legge dei Medi, che aveva stabilito l'azione penale contro l'ingrato (2). Secondo Valerio Massimo (3) questa legge esisteva pure in Atene, ma niente meglio di questo fatto prova l'inutilità delle leggi civili, che nei rapporti degli uomini corrono dietro la perfezione. Atene è precisamente la città, ove l' ingratitudine diede maggiore scandalo, ove i servigi pubblici furono il più oltraggiosamente sconosciuti, a tal punto, che lo stesso Valerio Massimo ricapitolando tutti i memorabili esempi dell' oblio dei benefizi dati da questa città stordita, termina il suo capitolo sugl' ingrati (4), esclamando: « Che tutte le lingue « della posterità si sono sciolte per rimprove« rare senza ritegno agli Ateniesi la loro nera ingratitudine (5) ».

1306. Adunque conveniamo con Seneca, cha l' aziona penale contra gl' ingrati non potrebb' essere stabilita senza il grande pericolo di andare troppo lontano.

Ma il punto preciso risguardato dalle leggi romane è ben differente: esse rimangono straniere ad ogni aziona penale; non vogliono esercitare nè censura, nè punizione, nè officio, di morale astratto. Esse non si preoccupano dell' ingratitudina verso colui, che ha renduto uno di quei servigi, più o meno importanti, cha sono l' adempimento di un dovere di umanità, e che danno tanto prezzo al commercio degli uomini, ma che la legge non definisce. Esse guardano soltanto il caso preciso, limitato, tutto speciale di una donazione, per mezzo della quale il donante si è spogliato della cosa sua a favore del donatario; ed in questa ipotesi eccezionale vogliono, che l' ingratitudine sia una causa di risoluzione della donazione. Tutto questo è eccellente, morale, filosofico, e giuridico (6).

1307. L' antica giurisprudenza vi si era conformata (7); il codice Napoleone ha seguito la medesima via, perchè l' ingratitudine non poteva trovarlo meno severo del dritto romano e del dritto antico; ma ha precisato con maggiore esattezza le cause, che possono dare luogo ad un' azione.

Sono in numero di tre:

1. Attentato alla vita del donante.
2. Sevizie, delitti, o ingiurie gravi.
3. Rifiuto di alimenti.

Possono provarsi con la pruova testimoniale: la legge romana raccomanda al Giudice di non arrestarsi, che ad una pruova chiara e perfettamente concludente (8). Questa è una regola generala applicabile a tutte le azioni, ma sopratutto alle azioni penali rivocatorie.

1308. L' attentato alla vita è un atto così odioso che porta in se stesso la sua spiegazione. Nulladimeno vi sono taluni casi, sui quali è buono d' intendersi.

L' omicidio del donante nel caso di legittima difesa non è un caso d' ingratitudine e di rivocazione. La difesa legittima è permessa: « *Nam jure hoc evenit, ut quod quisque ob* « *tutelam corporis fecerit, jure fecisse existi*« *metur* » (9). L' ultima legge del codice *De revoc. donat.* si serviva d' una espressiona energica, che riassume tutto il pensiero del legislatore, su questo punto e voleva, che il donatario avesse portato sul donante la sue empie mani. *Manus impias inferat.* Colui, che non fa altro, cho difendere la sua vita *cum moderamine inculpatae tutelae*, non è quello empio, che merita di essere punito (10).

1309. Che diremo noi del marito, che uccide sua moglie sorpresa in adulterio?

Se da un lato l' art. 324 del codice penale dichiara questo omicidio scusabile, dall' altra l' art. 326 gli applica una pena; nè lo pone nel caso di legittima difesa. Gli lascia un carattere criminoso, cioè un carattere violento ad eccessivo. Per lo che trovo, cha con ragione Merlin insegna, che in simile caso il marito perde il suo dritto ai lucri nuziali (11).

1310. Il secondo caso preveduto dal nostro articolo è quello, in cui il donatario si è renduto colpevole verso del donante di sevizie, delitti, o ingiurie gravi.

Le sevizie si dirigono alla persona; i delitti possono dirigersi sia alla persona sia alla proprietà del donante (12).

1311. In quanto alla ingiurie, esse sono un

(1) *Loc. cit.* 17.
(2) Id., n. 6. V. su di ciò d'Olivo, 3, 5.
(3) 5, 3, 3. *In qua urbe adversus ingratos actio constituta est.*
(4) *De ingratis*, 5, 3.
(5) 5, 3, 3.
(6) Voet, lib. 39, t. V, n. 23. Vionio, *Quaest. select.* 2, 32.
(7) Furgole. *Test.*, cap. 11, sez. 1, n: 49 e seg. Ferrieres su Parigi, tit. *Delle donazioni*, t. III. p. 1105. Ricard, *Delle donazioni*, part. 3, n.¹ 696, 728.
(8) L. ult., C., *De revoc. donat.*
(9) L. 3, D., *De justit. et jure.*
(10) Coquille *sul Nivernese*, *De' feudi*, art. 66. Furgole XI, 1, 79.
(11) Repert., v. *Lucri nuziali*, 189.
(12) Parigi 29 marzo 1806 (Devill., 2, 2, 129) Nimes 28 aprile 1813 (Palazzo t. XI, 329). Cassaz. 24 dicembre 1827 (Dalloz, 28, 1, 72; 17 giugno 1833 (Dalloz, 33, 2, 192).

Digitized by Google

attacco contro l'onore, la considerazione, la dignità, ed affettano la morale dell'uomo. La legge esige, che abbiano un carattere di gravità. Per giudicare di questo carattere si consulterà le circostanze, la qualità delle persone, l'educazione. Una ingiuria può essere stata provocata da un procedere violento; può emanare da un uomo naturalmente grossolano, che calcola poco il valore dei termini, e che si dirige ad un uomo raro do quanto lui, e che dippiù ha il torto dell'aggressione (1). In simile caso l'ingiuria perde della sua gravezza; non è quella ingiuria atroce (come dicevano gli antichi) (2), che annunzia l'ingratitudine, ma l'effetto di un primo moto, di un'uscita irriflettuta, di un'abitudine di cattiva educazione.

1312. Se l'ingiuria grave è stata profferita soltanto dopo la morte del donante, è dessa tale da dover essere presa in considerazione? L'art. 1047 (3) (a) offre a tal riguardo un argomento specioso, e si trovano nell'antica giurisprudenza delle autorità, che lo confermano (4). Nondimeno credo, che in generale la legge chiude gli occhi su tali traviamenti. Lo art. 957 del codice Napoleone (b) concentrando nella volontà del donante il principio dell'azione, abbandonando alla sua indulgenza ed alla sua generosità la decisione da prendersi sul cattivo procedere del donatario, mi pare per questo stesso, che getta un velo su tutto ciò, che avviene, mentre egli più non vive. Le querele tra l'erede ed il donatario sono già troppo frequenti e troppo passionate. Ove si anderebbe se si aggiungessero le cause d'ingratitudine, se gli eredi fossero ammessi a far ricerca d'ingiurie tardive, a suscitare delle accuse basate su di fatti postumi? Quante increscevoli discussioni! Quante inimicizie e quanti rancori! Gli eredi non hanno circa ciò la discrezione del donante; potrebbero vedere un motivo di un processo laddove il donante avrebbe creduto di dovere guardare il silenzio (5): e mentre il codice Napoleone non ha mantenuta la pena del dritto antico contro la moglie, che malversa nell'anno del lutto (6), si obblierebbe qui questa regola (7) per mostrarsi più severo in casi meno gravi.

1313. Abbiamo detto, che il delitto contro la proprietà del donante poteva essere un caso d'ingratitudine. Ritorniamo su di ciò con una spiegazione. Si concepisce, che il delitto contro la proprietà del donante costituisce un torto più biasimevole da parte di colui, che il donante ha gratificato, che da parte di ogni altro. Ma si potrà forse fermarsi a qualunque torto ovvero bisognerà esigere, come la legge romana, che il danno recato sia considerevole? *Jacturae molem ex insidiis suis ingerat, quae non levem sensum substantiae donatoris imponat* (8)? Un arresto della corte di Parigi ha giudicato, che delle sottrazioni senza importanza, commesse da un domestico in pregiudizio della sua padrona, che gli aveva fatto una donazione di 15,000 franchi, non costituivano il caso d'ingratitudine (9).

Nonpertanto credo, che tutto dipende dalle circostanze, e che soprattutto bisogna avere riguardo all'intenzione, alla mancanza di riconoscenza, al cattivo procedimento piuttosto che alla quantità del danno. L'art. 955 non ha parlato di questa quantità; lascia dunque alla coscienza del Giudice la cura di giudicare il fatto nel suo insieme, ed il Giudice saprà caratterizzarlo, avendo riguardo a tutto ciò, che ne marca la fisonomia. Supponiamo che il donatario per malignità vada a tagliare dei giovani alberi, che il donante avrà piantato nella sua proprietà. Si crede forse, che sebbene questa proprietà sia considerevole, e che il valore dei giovani alberi non lo sia un tal fatto non sarebbe una ingratitudine sufficientemente caratterizzata per autorizzare l'azione di rivocazione?

Da un altro lato non vi sono forse dei casi, in cui il furto da parte del donatario è un segno manifesto della più colpevole ingratitudine, anche quando questo furto non cambia di una sensibile maniera lo stato di fortuna del donante? (10)

1314. Il terzo caso preveduto dal nostro articolo è il rifiuto degli alimenti fatto dal donatario al donante. L'antica giurisprudenza aveva riconosciuto questo caso d'ingratitudine, malgrado il silenzio della legge romana (11). Ed in effetti non v'ha più nera ingratitudine, che ricusare gli alimenti al benefattore, che ne ha bisogno a causa della sua indigenza; è un mancare ad un dovere naturale di primo ordine.

1315. Nulladimeno il donatario non è legato da questa obbligazione, che quando il donante

(1) Tolosa 29 aprile 1825. (Dalloz, 25, 2, 220).

(2) Giustin.. l. ult., C., *De revoc. donat.* Ricard, p. 3, n. 692. Furgole, XI, 1, 71.

(3) *Infra*, n. 2192.

(a) Art. 1001 delle Leggi civ. *Il traduttore*.

(4) Pothier, *Donazioni tra vivi*, sez. 3, art. 3, § 2, *infra*.

(b) Art. 882 delle Leggi civ. *Il traduttore*.

(5) Furgole, XI, 1, 70 dà delle assai cattive ragioni.

(6) Bretonnier su *Henrys*, II, p. 482. *Infra*, n. 2100.

(7) Il mio coment. del *Contratto di matrimonio* t. II, n. 1716. *Infra*, n. 2200.

(8) L. ult., C., *De revocat. donat.* Furgole, XI, 1, 82.

(9) Parigi, 17 gennaio 1833 (Dalloz, 33, 2, 192. Devill., 35, 2, 155, palazzo, t. XXV, p. 55). V. una specie simile con decisione contraria, Rennes 22 gennaio 1829 (Palazzo t. XXIV, p. 117).

(10) Esempio: Rennes, 22 gennaio 1829 (Palazzo t. XXIV, p. 117).

(11) Furgole ne dubitava. *Testam.* XI, 1, 67; ma Pothier non vi vedeva difficoltà, *Donaz.* sez. 3, art. 3, § 1 *infra*.

non ha parenti della classe di quelli, cui la legge impone l'obbligazione precisa di venire al suo soccorso nel caso d'indigenza, ovvero quando questi parenti sono essi stessi nella impossibilità di adempiere questo dovere (1).

1316. In tutto quello, che sino al presente abbiamo detto, abbiamo supposto, che le violenze, le ingiurie, ed i fatti criminosi emanati dal donatario s'indrizzassero direttamente al donante. Bisogna prevedere il caso, in cui sono diretti contro il coniuge od i figli del donante.

Non dubito che in simile circostanza, l'ingratitudine non sia sufficientemente caratterizzata per motivare l'azione di rivocazione. Ed invero quale più grave torto può farsi al donante dell'ingiuriare sua moglie ed i suoi figli? Quale più amaro dispiacere gli si può cagionare dell'esercitare delle sevizie su queste persone, che egli ama come sè stesso? (2) » *Patitur quis injuriam non solum per semetipsum, sed etiam per liberos suos, quos in potestate habet: item per uxorem suam* (3). Questo insegnava Pothier nell'antico dritto (4), e deve essere lo stesso oggi, perchè l'art. 955 vede un caso d'ingratitudine nel delitto commesso contro la proprietà del donante, e non potrebbe essere indifferente ad un delitto commesso sulla persona di sua moglie e de' suoi figli.

1317. In quanto concerne il rifiuto di alimenti la quistione non potrebbe presentarsi, perocchè o il donante è *in bonis*, e spetta a lui a provvedere al mantenimento della sua famiglia; o è caduto nell'indigenza, ed il donatario deve a lui gli alimenti, alimenti, che saranno liquidati, avuto riguardo ai bisogni, che la sua famiglia gl'impone; o in fine il donante è morto, ed il rifiuto degli alimenti posteriori alla sua morte non è un caso, di cui la legge ha voluto occuparsi (5).

1318. Vediamo ora quali donazioni sono soggette alla rivocazione per causa d'ingratitudine.

Tutte le donazioni, che sono delle pure liberalità, vi sono sottoposte, sebbene siano state fatte con certi pesi. L'art. 955 è generale, e pone una regola senza altra eccezione oltre quella preveduta espressamente dall'articolo 959 (6).

Non si eccettuano neppure le donazioni rimuneratorie (7), perchè sebbene inspirate da servigi renduti, non sono meno delle liberalità fatte *nullo jure cogente*.

Solamente essendo pronunziata la rivocazione, è giusto di fare ragione ai donatari dei servigi renduti, valutandoli generosamente (8).

È lo stesso delle donazioni fatte con pesi; è conforme all'equità di tenere conto dei pesi soddisfatti, non dovendo arricchirsi col suo proprio benefizio.

1319. La quistione è più delicata relativamente alle donazioni reciproche (9). Senza dubbio, non si potrebbe negare, che le donazioni di questa specie sono rivocabili per causa d'ingratitudine, ma non si è d'accordo sul punto di sapere se la rivocazione di una delle donazioni non importi la caduta dell'altra. Molti autori hanno pensato, che il donante rivocante è in dritto di serbare la liberalità (10); altri insegnano, doversene spogliare a causa della reciprocanza (11).

Quello, che mette una differenza tra questa quistione e la precedente, è, che nell'ipotesi della prima i pesi ed i servigi sono legati strettamente alla donazione come condizione o causa, mentre che qui le due donazioni sono meno indipendenti l'una dall'altra (12). Esse hanno per principio meno di cercare un'equivalente, che di fare una liberalità; esse sono reciproche veramente. Esse hanno tra loro il legame della reciprocanza, ma l'affezione più della speculazione ne è la base; di talchè è possibile di concepire la loro separazione, quando uno dei donanti vede svanire quella, che gli è stata destinata, ma pel proprio fatto.

L'art. 300 del codice Napoleone (a) mi pare fornire un argomento vittorioso a favore del dritto del rivocante di conservare la liberalità, che gli è stata fatta reciprocamente. D'altronde quale sarebbe la pena dell'ingrato? Perdendo da un lato la donazione fattagli, troverebbe dall'altro quella, che emana da lui.

Si dirà forse, che il donante, che domanda la rivocazione, mostra dal suo lato dell'ingratitudine, perchè intenta un'azione ingiuriosa contra colui, che in altri tempi si è mostrato generoso verso di lui. Ma a questa osservazione rispondo con la regola: *Nemo damnum dat qui jure suo utitur*. Tanto varrebbe dire, che la donazione reciproca non è soggetta a rivocazione; questo sarebbe più logico (13).

1320. Una donazione nascosta sotto forma

(1) Zachariae t. V, p. 352. *Contra*, Duranton, t. VIII, n. 558.

(2) Delvincourt, t. II, pag. 284.

(3) Giustiniano, *Instit.*, *De injuriis* § 22.

(4) Donaz. sez. 3, art. 3, § 2.

(5) *Sopra*, n. 1312.

(6) Pothier *su Orleans*, *Introd.*, t. XV, n. 114.

(7) Cassaz. 17 agosto 1831 (Dalloz, 31, 1, 311. Palazzo t. XXIV, p. 147). Parigi 29 marzo 1806 (Palazzo t. V, p. 258). Pothier, *Donaz.*, sez. 3, art. 3, § 3. Grenier n. 218. *Contra*, Toullier, t. V, n. 323. Bruxelles 30 giugno 1815 (Palazzo t. 12, p. 785).

(8) Rennes, 24 febbraio 1829 (Palazzo t. XXIV, 147).

(9) L'art. 960 del Cod. Nap. parla formalmente di queste donaz. *Infra*, n.i 1394 e seg.

(10) Toullier, V, n. 829. Duranton, 8, n. 565. Bayle-Mouillard, t. II, p. 203.

(11) Furgole II, 1, 105. Coin Delisle, art. 95[illegible], n. 13.

(12) V. il mio rapporto alla Corte di Cassaz. (Devill. 43, 1, 118).

(a) Quest'art. scritto sotto il capitolo — *Degli effetti del divorzio* — è abolito, ma l'art. 2[illegible]9 delle Leggi civili contiene una disposizione simile per la separazione personale. *Il traduttore*.

(13) *Infra*, n. 1393.

di un contratto oneroso può essere rivocata per causa d'ingratitudine? Ho sentito ag tare questa quistione, ma sono stato tentato di risponderví con queste parole del giureconsulto Celso: « *Aut non intelligo quid sit de* « *quo me consuleris, aut valde stulta est* « *consultatio tua* (1). » Ed in effetti che cosa importa, che questa donazione abbia la scorza di una vendita o di altro contratto oneroso? Essa non è meno una donazione, tranne la forma. E sarebbe una cattiva ragione quella di dire, che il donante deve essere punito della frode, che ha fatto alla legge col non conformarsi a quello, che essa prescrive sulla forma delle donazioni, e col prendere un mezzo obbliquo, dapoichè se il donatario fosse persona capace di ricevere, non vi sarebbe veruna presunzione ammessibile di frode, potendo fare le parti apertamente quello, che hanno fatto di una maniera meno solenne.

ARTICOLO 956 — (881).

La rivocazione per causa d'inesecuzione delle condizioni e per causa d'ingratitudine non avrà mai luogo di pieno dritto (a).

SOMMARIO

1321. La rivocazione per causa d'inesecuzione o d'ingratitudine dev' essere l' oggetto di una dimanda in giudizio.
1322. Del termine, che il Giudice può accordare al donatario. Rinvio.

COMENTARIO

1321. La rivocazione per ingratitudine non ha luogo di pieno dritto (2), ed in questo somiglia alla rivocazione della donazione per inadempimento dei pesi annessivi (3). Vi bisognano dunque il fatto e la volontà dell' uomo. L' inadempimento, l' ingratitudine non sono di quelli avvenimenti, che possono produrre effetto in virtù della sola legge, per la sola forza del dritto (4). Questo tristo caso sopratutto non ha potuto essere preveduto in tempo della donazione, perchè la sola idea di questo delitto avrebbe soffocato nel donante ogni sentimento di beneficenza. È dunque necessario, che una domanda sia formata dal donante, che attesti il suo pentimento della donazione, e che reclami la restituzione di quello, che ha donato (5). Vedremo or ora in quale termine l' istanza per la ingratitudine dev' essere intentata (6).

1322. Quando il giudice viene impossessato di una dimanda di rivocazione per inadempimento di condizioni e pesi, può accordare un termine ragionevole (7). Ci siamo spiegati su questo punto nel numero 1295.

ARTICOLO 957 — (882).

La domanda di rivocazione per causa d'ingratitudine dovrà essere fatta nell'anno a contare dal giorno del delitto imputato dal donante al donatario, o dal giorno, in cui il delitto avrà potuto essere conosciuto dal donante.

Questa rivocazione non potrà essere dimandata dal donante contra gli eredi del donatario, nè dagli eredi del donante contro del donatario a menochè in quest'ultimo caso l'azione non sia stata intentata dal donante o che non sia morto nell'anno dal delitto (b).

SOMMARIO

1323. Dello spazio di tempo, nel quale dev'essere intentata l'azione di rivocazione per causa d'ingratitudine.
1324. Da quall'epoca comincia il termino a decorrere.
1325. La rimessione dell'azione è anche un mezzo di estinguere l'azione di rivendicazione.
1326. Osservazione di Furgole su delle circostanze considerate come pruova di riconciliazione.
1327. L'esecuzione della donazione importa pure rinunzia all'azione.
1328. L'azione di rivocazione per ingratitudine appartiene solo al donante contro del donatario; essa non passa nè all'erede nè contra l'erede.
1329 Eccezione a favore degli eredi del donante, quando questi muore prima dello spiroro del termine della prescrizione o dopo di avere cominciato i primi atti.
1330. Nel primo caso gli eredi del donante hanno il resto dell'anno per esercitare la loro azione.
1331. Questo dritto degli eredi è sopratutto eviden-

(1) L. 27, D., *Qui test. facer.*
(a) Corrisponde a quest'articolo uniformemente l'art. 881 delle Leg. civ. *Il trad.*
(2) Doneau, comeol. 14, 23, 1. *Supra*, n. 294.
(3) *Sopra*, n. 1295.
(4) Doneau, *ibid.*
(5) Id.
(6) Art. seg.
(7) Bordeaux, 7 dicembre 1829 (Dalloz 30, 2, 117). Cassaz. 14 Moggio 1838 (Dalloz 38, 1, 280. Devill. 38, 1, 849). Bourges 10 febbraio 1843 (Devil. 44, 2, 27. Dalloz 44, 2, 42). *Supra* n.° 1295.
(b) Uniforme a quest' articolo è l' articolo 882 delle leggi civili. *Il traduttore.*

Digitized by Google

COMENTARIO

1323. L' azione di rivocazione per causa di ingratitudine ha un carattere penale, poichè ha per fine una vendetta contro l' uomo, che si è renduto colpevole di un misfatto (1). E conseguentemente è nella sua natura, che venga intentata in un termine assai breve, come l' azione di lesione ed altre, che procedono da cause analoghe; perocchè i subietti d' inimicizia debbono essere prontamente esauriti, e la società soffrirebbe, se la persecuzione dei delitti o quasi delitti si facesse troppo tardi.

Epperò il nostro articolo dichiara qual è lo spazio di tempo, nel quale l' azione di rivocazione per causa d' ingratitudine deve essere intentata; è un anno.

Questo punto aveva formato materia di difficoltà nell' antica legislazione. Furgole ha esposto le opinioni diversissime, che si erano prodotte a tal riguardo (2). In quanto a lui pensava con Dumoulin (3), che l' azione d' ingratitudine era soggetta alla regola delle prescrizioni ordinarie, e che non poteva estinguersi, che con un silenzio di trent' anni.

Non è tale il sistema del codice, che ha deciso, essere l' azione di rivocazione per ingratitudine prescrittibile con un anno, presumendo, che questo elasso di tempo, basta per fare pruova, che il donante ha rinunziato all'azione e fatta remissione dell' ingiuria.

1324. Questo tempo decorre dal giorno del delitto o dal giorno, in cui il delitto ha potuto essere conosciuto dal donante. L' azione deve essere intentata in quest' anno.

1325. Rimarchiamo qui di passaggio, che la prescrizione non è la sola causa, che fa sorgere un' irrecettibilità contra l' azione d' ingratitudine.

Tutti i Giureconsulti anteriori al codice sono di avviso, che la rimessione formale o tacita dell' azione è un ostacolo insormontabile (4). La quale decisione basata sul principio, che è permesso di rinunziare ad un dritto introdotto a proprio favore, deve essere seguita sotto il codice Napoleone (5).

1326. Furgole ha emesso su questo proposito una osservazione bizzarra. Le circostanze seguenti, *Salutatio*, *osculatio*, *lusus et commessatio*, che gli autori considerano ordinariamente come pruova di rinunzia, non gli bastano; secondo lui vi sono qui due cose: l' ingiuria e l' azione; ora si può perdonare l' ingiuria per carità cristiana, senza rinunziare per questo all' azione di essere indennizzato del danno derivatone. Adunque la rinunzia non è una conseguenza necessaria di questi fatti.

Ciò non è sostenibile, perchè la rinunzia nell' estinguere l' ingiuria, estingue pure l' azione, che ne è la conseguenza (6).

1327. L'esecuzione della donazione da parte del donante importa pure rinunzia all' azione e copre i fatti anteriori d' ingratitudine(7).

1328. Esaminiamo adesso a quali persone appartiene l' azione di rivocazione per ingratitudine.

Il codice ha su di ciò delle saggissime disposizioni, quasi tutte prese io impronto dal dritto antico (8). Egli non vuole che il donante, che ha serbato il silenzio pendente la vita del colpevole, possa agire contro gli eredi, che sono meno colpevoli di lui. In questo caso presume di pieno dritto una rinunzia all'azione.

Non vuole neppure, che gli eredi del donante possano intentare da loro un' azione, della quale il loro autore, molto più interessato di loro, non aveva creduto di dovere usare. Il donante ha potuto essere dominato da un sentimento di favore e d' interesse, che l'ingratitudine del donatario non ha estinto. La legge si riporta alla sua generosità, e non abbando-

(1) Furgole, XI, 1, n° 141.
(2) Furgole *loc. cit.*, n° 172 a seguenti.
(3) *Sopra Parigi* § 43, glossa 1, n. 51.
(4) Furgole, XI, 1, n° 169, 170.
(5) Duranton l. VIII, n. 561. Arg. dagli art. 272 e 306 C. Nap.
(6) Pothier, *Donaz.* sez. 3, art. 3, § 5.
(7) Cassaz., 4 genn. 1842 (Devill. 42, 1, 244).
(8) L. 1 e 7, C., *De revoc. donat.* Furgole, XI, 1, 143.

Digitized by Google

na all'acerbità degli eredi la decisione di quistioni personali, nelle quali l'indulgenza dell'offeso è la prima legge (1).

Coi l'azione di rivocazione per ingratitudine appartiene solo al donante contra del donatario, e non passa all'erede nè contra l'erede (2). Essa è *personalissima*, come dice Fontanella (3) beninteso nondimeno, che quando è stata debitamente intentata contra del donatario, e che questo muore pendente l'istanza, l'azione si continua contra i suoi eredi (4). *Actiones semel inclusae judicio non pereunt.*

1329. Vi sono due sole eccezioni alla regola della non trasmessione dell'azione. La prima quando il donante muore prima della fine dell'anno della prescrizione. Allora i suoi eredi succedono al suo dritto, che è passato nella sua successione. Il secondo quando muore dopo di avere cominciato i primi atti; dapoichè è chiaro, che l'azione essendo da questo momento annodata, passa agli eredi (5).

1330. La prima eccezione dimanda da parte nostra talune spiegazioni.

L'anno del delitto appartiene al donante per prendere la sua risoluzione. Se muore prima della fine di questo anno, non si può dire di una maniera certa, che nel suo pensiero l'offesa è stata rimessa; perciocchè quando la morte l'ha sorpreso, era tuttavia in tempo di far uso del rigore della legge. La morte essendo dunque arrivata, quando le cose erano ancora intiere, il legislatore ha pensato, essere giusto di fare passare agli eredi l'azione, che il defunto avrebbe potuto esercitare. Il donatario ingrato non deve profittare di un evento di forza maggiore, che non ha veruna significazione liberatoria (6). L'azione non era estinta nell'istante della morte. Gli eredi possono dunque ragionevolmente intentarla, come avrebbe potuto farlo il defunto, ed hanno per questo il resto dell'anno (7).

1331. Questo dritto degli eredi diviene ancora ben più evidente, quando la morte del donante ha avuto luogo per lo fatto stesso del donatario. Supponiamo, che il donatario assassina il donante. Chi perseguiterebbe la vendetta di questo delitto, se la legge non ne incaricasse gli eredi?

1332. Vi è più, e siccome gli eredi possono ignorare il fatto di ingratitudine, la giurisprudenza ha deciso, che il tempo di quest'azione, loro accordata dal paragrafo finale dell'articolo 957, non deve decorrere, che a datare dal giorno, dal quale sarebbe decorso per lo stesso defunto, vale a dire a datare dal giorno, in cui il delitto ha potuto essere conosciuto (8).

Supponiamo, che pendente l'ultima malattia del donante, un servo, cui aveva egli fatta una donazione, si rendo colpevole di sottrazioni fraudolenti a suo pregiudizio; il donante muore qualche tempo dopo senza di avere esercitata la sua azione, sia perchè non lo ha potuto, sia perchè non ha conosciuto i fatti. I suoi eredi venendo a scoprirli, hanno gli stessi dritti di lui, e la loro azione è ammessibile pendente l'anno, a datare dalla notizia del delitto.

1333. Diciamo la stessa cosa del delitto commesso dal donatario, che avesse privato della vita il donante. Gli eredi possono ignorare, che il donatario se ne sia reso colpevole, per lo che l'anno comincia a decorrere dal giorno, in cui hanno acquistato la conoscenza del reato.

1334. Ma in simile caso basta di produrre querela regolare in giudizio per interrompere la prescrizione di un anno, salvo ad essi ad attendere il risultamento del processo criminale per dimandare la rivocazione? Ovvero bisogna intentare l'azione di rivocazione, salvo a lasciarla sospesa sino alla fine della procedura innanzi al giudice criminale? Questa quistione è tagliata dall'articolo 3 del codice di procedura penale, che decide poter essere l'azione civile intentata separatamente dall'azione penale, e che in questo caso l'esercizio ne è sospeso insino a che non è stato pronunziato diffinitivamente sull'azione pubblica intentata prima del procedimento dell'azione civile (9).

1335. Vi sono dei fatti pei quali il procedimento criminale appartiene unicamente allo stesso offeso come l'adulterio della moglie, che secondo l'art. 336 del codice penale non può essere denunciato, che dal marito.

D'onde la quistione di sapere, se il marito essendo morto nell'anno dell'adulterio di sua moglie senza averlo denunciato, i suoi eredi possono prevalersi di questo fatto come di un ingiuria grave per dimandare la rivocazione dei lucri fatti alla moglie da suo marito.

Le leggi romane condurrebbero forse alla affermativa, se si prendessero in considerazione (10) il che fa, che taluni autori hanno pensato, che l'adulterio della moglie, può dopo la morte del marito servire di base ad un'azione di rivocazione per ingratitudine. Ma la giurisprudenza francese non è stata mai favorevole

(1) *Sopra* n. 1312.

(2) Fabro, C., *De revoc. donat* def 14. Voet *ad Pand.* lib. 39, t. V, n. 23. Doncau, comm. 14, 29, 1, 2, 3 e seg.

(3) *De pact. nupt.* VII, 2, 10, 48.

(4) Brillon, v. *Adulterio* n. 37.

(5) Furgole, XI, 1, 144. Fontanella, *loc. cit.*

(6) Ferrieres sulla quest, 214 di Guido Papa. *Contra* Furgole, XI, 1, 148.

(7) Decis. del tribun. di Saveny, confermato con arresto di Colmar de' 7 genn. 1833 (Dalloz, 31, 1, 204). Palazzo t. XXIII, p. 1671).

(8) Cassaz 24 dicembre 1827. (Palazzo t. XXI, p. 985. Devill. 8, 1, 732) 17 agosto 1831 (Palazzo t. XXIV, p. 147. Devill. 31, 1, 317).

(9) Arg. di quello, che insegnano Brillon v. *Adulterio*, n. 37, e Bonguier lettera A, n. 2.

(10) L. 3 e 22, D., *De adim. legat.* L. 9, D., *De his, quae ut indignis.* L. 10, C., *De his, quae ut indignis.* L. 27, C., *De fidéic.*

a questo sistema (1). Per quest' azione civile come per l'azione correzionale l'accusa risiade nella sola persona dal marito; essa è *personalissima*, nè passa ad altri, se non l'ha intentata in sua vita (2). Senza di questa barriera non vi sarebbe famiglia,che non sarebba turbata da scandali,e degli avidi eredi non mancherebbero di testimoni per insultare delle mogli irreprensibili, e per contrastare ad esse i loro lucri nuziali.

1336. Non è lo stesso dell'adulterio del marito accompagnato dalle circostanze prevedute dall'art. 339 del codice penale. Veruna disposizione della legge ne limita il procedimento alla persona stessa della moglie, il perchè può servire di base ad un'azione intentata dagli eredi dopo la morte della donatrice (3).

1337. Bisognerebbe però, che fosse ben certo, che i fatti rimproverati al marito si riferiscono ad un'epoca, in cui la moglie viveva ancora.

Ciò, che prova il seguente arresto, che è degno di essere rimarcato.

3 messidoro anno 12, donazione tra vivi fatta dalla signora Paris a suo marito.

9 messidoro dello stesso anno, morte della signora Paris.

Sembra, che Paris avesse serbato durante il matrimonio delle relazioni criminali con una domestica. Sette mesi e 27 giorni (4) dopo la morte della moglie legittima un figlio era nato da questo commercio. Paris l'aveva riconosciuto l'indomani.

Gli eredi della signora Paris fondandosi su questo fatto, pretesero, che la donazione fatta dalla fu signora Paris a suo marito, era rivocabile per causa d'ingratitudine. La loro azione sarebbe stata seria, se la nascita del figlio avesse avuto luogo in un termine prossimo alla morte, perchè si avrebbe potuto riferire il concepimento al tempo del matrimonio. Ma nella specie il figlio essendo nato sette mesi e 27 giorni dopo la dissoluzione del matrimonio, divaniva legalmente impossibile di provare, essere stato il figlio concepito in pendenza del matrimonio, perchè il termine di sette mesi è un termine naturale, ed il concepimento poteva avere avuto luogo dopo della dissoluzione del matrimonio (5).

1338. Veniamo ora alla seconda eccezione preveduta dal nostro articolo. Si sa, che consiste nel trasmettere l'azione, allor quando il donante ha cominciato i primi atti.

A tal soggetto si presenta una difficoltà.

Può avvenire, che il donante intenta una azione, che non è la stess' azione di rivocazione, ma che la contiene implicitamente, per esempio l'azione di divorzio per adulterio nei luoghi, ov'è permessa. Il donante muore prima del terminare dalla causa, e la sua azione di divorzio si estingua con lui, si domanda, se gli eredi del donante potranno prevalersi di quest'azione di divorzio fondata sull'adulterio della moglie per dirigere contro di lei un'azione speciale di rivocazione per causa d'ingratitudine.

Senza dubbio non potrebbero intentare l'azione di adulterio propriamente detta; poichè è personale del marito, e che quest'ultimo ha solo creduto il suo onore interessato a dimandare non altro che il divorzio. Ma perchè non potrebbero argomentare dall'azione di divorzio cominciata dal marito per stabilire, non aver egli voluto fare rimessione dall'ingratitudine della moglie e per esonerarsi dal pagarle la donazione? Nell'antica giurisprudenza si decideva, che quando il marito aveva accusata sua moglie di adulterio, e che la sua morte gl'impedira di condurre a termine la sua accusa, i suoi eredi, sebbene non fossero ammessi a riprendere l'accusa, potevano però eccepirla contra la moglie, che dimandava il pagamento del suo aumento dotale (6).

Malgrado queste ragioni la moderna giurisprudenza non si è mostrata sempre favorevole all'azione degli eredi. Si è deciso, che l'azione di rivocazione per ingratitudine non si continua nella persona di costoro, che in quanto è l'azione stessa di rivocazione, ma che se la rivocazione non è, che un corollario, un seguito di un'altra azione intentata in una maniera principale, che si estingue col donante, la rivocazione non potrebbe rivivere per lo fatto degli eredi.

1339. Scegliamo una decisione della corte di Tolosa, d'onde risulta questa dottrina.

Bartolomeo G** dimanda il divorzio per causa di adulterio contra sua moglie, e muore prima dell'ammessione della dimanda.

Dopo di tale avvenimento la signora G** donataria per contratto di matrimonio di una parte dei beni del marito, si provvede contra dei di lui eredi per ottenere l'effetto della di lui liberalità. Ma questi ultimi sostengono, non essere essa ammessibile, e dovere essere la donazione rivocata per causa d'ingratitudine.

La Signora G** risponde a questa pretensione, dicendo: Onde l'adulterio faccia rivocare la donazione, bisogna, che abbia preliminarmente motivata la pronunziazione del divor-

(1) Joly de Fleury (Augeard t. I, p. 667).

(2) Brillon v° *Adulterio*. n. 29. Lapeyrère, lettera A, n. 22. Louet, lett. J., somm. 4:

« *L'uomo onesto ingannato si allontana e tace.* »

(3) Colmar, 7 genn. 1830 (Dalloz, 31, 1, 204). Il morteLONG, *delle donaz. e testam.* V. II.

tivi della sentenza del tribunale di Saveny, confermato dalla corte, sono ben dedotti. *Infra* n. 1363.

(4) 243 giorni.

(5) Amiens, 2 maggio 1807 (Devill. 2, 2, 237. Palazzo, t. VI, p. 65).

(6) Bouguier, lettera *A*, n. 2. Ricard, *Donaz.*, p. 1, cap. 3, sez. 8, n. 402. Furgole, XI, 1, 148.

Digitized by Google

zio (1). Ora l'azione di divorzio non ha avuto seguito, e gli eredi del marito nel dimandare la pruova dei fatti di adulterio, elevano una pretensione illegale, soprattutto quando agiscono soltanto in uno scopo pecuniario.

A questo gli eredi oppongono l'antica giurisprudenza. Nulladimeno la corte di Tolosa respinse la loro pretensione (2) per la ragione, che giusta l'art. 299 la perdita dei lucri nuziali è legata alla sola ammessione del divorzio, la quale si trova esclusa dalla morte del donante.

1340. A mio modo di vedere è permesso di elevare dei dubbi seri su questa maniera di considerare la quistione.

Che cosa esige il nostro articolo, perchè gli eredi siano ammessibili? Che l'azione sia stata intentata dal donante. E forse nella specie non è stata intentato? Il donante non ha voluto ottenere la rivocazione? Non era inclusa implicitamente ma necessariamente, giusta l'articolo 299 del codice Napoleone, nella sua dimanda di divorzio? E se la sua morte fa svanire la dimanda di divorzio, che non ha più obietto, induce forse la caduta della dimanda di rivocazione, che resta con la sua causa e col suo interesse? Non saprei pensarlo, ed amo meglio l'antica giurisprudenza che la giurisprudenza troppo rilasciata della corte di Tolosa.

1341. Contro di questa opinione si oppongono due arresti della corte di Parigi e della corte di Rouen, dei quali qualche volta ho sentito argomentare. Hardouin esercita delle sevizie su sua moglie, e questa lo conviene per la separazione personale, ma non dimanda la rivocazione dei lucri nuziali. Ella muore prima della istruzione e della sentenza. I di lei eredi pretendono di fondarsi sull'azione di separazione per innestarvi l'azione di rivocazione, e vien loro risposto, che la moglie Hardouin avendo semplicemente dimandato la separazione senza ottenerla per causa della morte, quest'azione è estinta, e che l'azione degli eredi è un' altra azione, il cui principio non emana dal loro autore, il quale non ha mai parlato di rivocazione. Questo sistema venne ammesso dal tribunale di prima istanza, e dalla corte di appello di Parigi (3).

Pari decisione della corte di appello di Rouen dei 17 di gennaro 1823, renduto in circostanze tuttaffatto simili (4).

1342. Or potrei fare rimarcare, che questi due arresti di Parigi e di Rouen sono fondati soprattutto su che il coniuge attore in separazione non aveva istituita mentre viveva l'azione di rivocazione (5).

Potrei aggiungere, che la separazione è qualche volta dimandata senzachè la rivocazione dei lucri sia dimandata nello stesso tempo (6); e che perciò questi due arresti non potrebbero menare a conseguenza.

Quando nell'istanza di separazione sono date positivamente delle conclusioni per ottenere la rivocazione dei lucri nuziali, allora la morte del donante primachè l'azione di separazione abbia raggiunto il suo scopo, non vieta agli eredi di riprendere l'azione in quanto porta sulla rivocazione di questi lucri, perchè in questo caso l'azione era stata veramente istituita dal donante nei termini del nostro articolo.

Ma dirò francamente, che anche nell'ipotesi, nella quale si circoscrivono, i due arresti di Parigi e di Rouen non sono giuridici. La dimanda di separazione formola la doglianza e segnala l'ingratitudine. Essa comprende virtualmente un principio di rivocazione, il quale può attendere di prodursi più tardi in una più opportuna maniera. Ma non si può dire agli eredi, che eglino lo mettono in moto per la prima volta dopo la morte del donante. Questi aveva aperta la lizza e presa la via preliminare. I suoi eredi fanno il meno, dopochè egli aveva cominciato il più (7).

1343. Come il termine di un anno è una vera prescrizione, non corre tra i coniugi durante il matrimonio.

Un coniuge si fa separare di beni e di corpo per sevizie ed ingiure gravi, e non dimanda nello stesso tempo la rivocazione dei lucri nuziali. Puole non avervi interesse attuale, quando per esempio il lucro consiste in un usufrutto, che si aprirà soltanto alla sua morte. Muore; l'azione sospesa in pendenza del matrimonio per virtù dell'art. 2253 del codice Napoleone (a) potrà essere intentata dai suoi eredi nel termine legale (8). Ma ritorneremo su questo punto più basso al n. 1361.

(1) Art. 299. Codice Napoleone (*).
(2) 25. gennaro 1820 (Devill. 6, 2, 195. Palazzo, t. XV, p. 731).
(3) Parigi 6 Luglio 1814 (Devill. 4, 2, 397. Palazzo t. XII, p. 297).
(4) Palazzo t. XVII, p. 332. Devill. 7, 2, 160.

(*) Il divorzio essendo stato abolito nelle nostre Leggi civili, l'art. 228 di queste leggi contiene relativamente alla separazione personale una disposizione simile a quella dell'art. 299 del Codice Napoleone. *Il trad.*

(5) Vedi le osservazioni del sig. (Daviel, Palazzo, t. XVII, *loc. cit.*) e l'arresto di Rouen precitato.
(6) Caen, 22 aprile 1839 (Devill. 39, 2, 373).
(7) Vedi *infra*, n° 1363.
(a) Art. 2159 Leggi civili. *Il traduttore.*
(8) Caen, 22 aprile 1839 e 3 marzo 1834 (Devill. 39, 2, 373) Rennes 20 luglio 1843 (Devill. 43, 1, 730 nota, Palazzo t. XLIV, p. 625). Aggiungi Cassazione 17 marzo 1835 (Palazzo, t. XXVI, p. 1317. Dalloz, 25, 1, 199) Rouen, 25 luglio 1829 (Palazzo t. XXII, p. 1282. Dalloz, 30, 2, 273).

Articolo 958 — (883).

La rivocazione per causa d'ingratitudine non pregiudicherà nè alle alienazioni fatte dal donatorio nè alle ipoteche ed agli altri pesi reali, che avrà potuto imporre su l'obietto della donazione, purchè il tutto sia anteriore all'inscrizione dell'estratto della dimanda di rivocazione, che sarà stata fatta in margine della trascrizione prescritta dall'art. 939.

In caso di rivocazione il donatario sarà condannato a restituire il valore degli oggetti alienati, avuto riguardo al tempo della dimanda ed a'frutti a contare dal giorno di questa dimanda (a).

SOMMARIO

1344. Per quale motivo la legge ha rispettato qoi le alienazioni e le ipoteche, delle quali la cosa è stata l'obietto prima dell'iscrizione della dimanda.
1345. Obbligazioni del donatario nel caso di rivocazione per causa d'ingratitudine.
1346. Indipendentemente dcl prezzo de'beni alienati, deve i frutti dal giorno della dimanda di rivocazione.
1347. *Quid* relativamente a' dritti di servitù e d'ipoteche, che ha imposto sulla cosa donata?

COMMENTARIO

1344. La rivocazione per causa d'ingratitudine non è fondata su di una causa *antiqua* et *primaeva*, che abbia potuto affettare la donazione (1). È chiaro, che il donante non ha preveduto nel donare questa causa di rivocazione. perocchè l'idea sola di versare i suoi benefizî su di un ingrato, avrebbe arrestata la sua generosità nella propria sorgente. D'onde siegue, che il fatto, che dà luogo alla rivocazione, essendo posteriore alla donazione ed impreveduto, i terzi acquirenti od altri, che hanno acquistato su l'obietto donato, non possono essere pregiudicati dalla cattiva condotta del donatario *Nemo alterius facto praegravari debet*. È ciò, che insegna Loyseau: (2) « Questa rivocazione, egli dice, procede da « una causa sopravvenuta posteriormente, e « non da una causa espressa o da un carattere « impresso nel momento della tradizione della « cosa. D'altronde questa ingratitudine consi« ste in qualche azione, che è volontaria, e si « sa, che quando la risoluzione del contratto « siegue *ex causa voluntaria*, non nuoce ai « terzi (3).» Epperò non si deve essere sorpreso, che il nostro articolo rispetta le alienazioni ed ipoteche, delle quali la cosa donata è stata l'obietto, purchè queste ipoteche siano state acquistate e queste alienazioni fatte primachè il donante abbia fatto inscrivere in margine della trascrizione uo estratto della sua dimanda di rivocazione.

1345. Ma se i terzi non debbono essere nè turbati nè pregiudicati nei dritti acquistati di buona fede, bisogna pure, che il donatario non conservi malgrado il suo delitto, il prezzo che ha ritirato dalle sue alienazioni. Il perchè deve pagare al donante il valore degli oggetti alienati. *Quidquid igitur is qui a matre impietatis arguitur, ex titulo donationis tenet, matri cogitur reddere* (4). Il valore delle cose alienate si estima nel giorno della dimanda.

1346. Deve del pari i frutti dal giorno dello dimanda di rivocazione (5), perchè sino a quel giorno la donazione ha continuato a sussistere. Questa era l'antica giurisprudenza primo di divenire legge per un articolo del codice Napoleone (6).

1347 Inoltre il donatario deve indennizzare il donante delle servitù ed ipoteche, che ha imposto, e che hanno diminuito il valore dell'oggetto donato.

In quanto concerne le ipoteche è chiaro, che il donante, il quale è esposto a sopportare i pesi relativamente ai creditori, deve esserne discaricato dal donatario, altrimenti il donante si troverebbe tenuto a pagare senza indennità i debiti di un'altro; il che è contrario alla giustizia (7).

Relativamente alle servitù la quistione è più dubbia, ed essa divideva i giureconsulti prima del codice Napoleone. Ricard sosteneva, che il donante non doveva essere indennizzato (8); al contrario Dumoulin (9) e Fargole (10) pensavano, che l'indennità doveva aver luogo. Questa ultima opinione è più equa, ed è anche più logica. Imperocchè siccome il donante deve essere indennizzato delle alienazioni propriamente dette, la ragione dice, non dover egli perdere pei pesi, che diminuiscono il valore dell'immobile restituito in natura.

(a) A quest'articolo corrisponde uniformemente l'art. 883 delle Leggi civili. *Il traduttore.*
(1) *Contra*, Furgole XI, 1, 141.
(2) Rilascio di beni, VI, 3, 10. *Sopra* n° 294.
(3) Loyseau *loc. cit.*
(4) L. 7, C., *De revoc. donat.*
(5) Furgole XI, 1, 166.
(6) L. ult., C., *De revoc. donat. Sopra* n° 294.
(7) Furgole XI, 1, 161, 162, 163. Auroux *sul Borbonese* art. 225, n° 32; e Dumoulin *su Parigi*, §. 33. glos. 1, n° 57.
(8) N° 721.
(9) *Loc. cit.*
(10) XI, 1. 164.

Articolo 959 — (884)

Le donazioni in favore del matrimonio non saranno rivocabili per causa d'ingratitudine (a).

SOMMARIO

1348. Le donazioni tra coniugi sia per contratto di matrimonio, sia in pendenza del matrimonio sono rivocabili per causa d'ingratitudine dello sposo donatario?
1349. L'antica giurisprudenza ammetteva senza difficoltà la rivocazione per causa d' ingratitudine delle donazioni in favore del matrimonio, quando erano fatte da coniuge a coniuge.
1350. Disposizioni a tal riguardo delle consuetudini di Angiò, di Toreoa; di Brettagna, di Normandia di Hainsult ecc.
1351. La rivocazione de'lucri nuziali in pregiudizio del coniugo ingrato era di dritto comune.
1352. Ma se si trattava di donazioni fatte in vista del matrimonio dagli estranei a' coniugi, allora la quistione era controvertita.
1353. Con l'art. 959 il legislatore ha voluto fare cessare le controversie su quest'ultima quistione. — Argomento ricaveto dalla discussione nel Consiglio di Stato.
1354. Il terdivo emendamento, che introdusse nel sistema del Codice la separazione personale, non ha potuto cambiare il pensiero primitivo dell'art. 959.
1355. In riassunto le parole dell'art. 959 *in favore del matrimonio*, debbono essere prese in un senso ristrettivo.
1356. Contradizione, nel sistema contrario, dell'art. 959 con gli articoli 299 e 1518.
1357. Decisione solenne della Corte di Cassazione, che riformando la sua giurisprudenza anteriore, contrariamente all'opinione del sig. Merlin o malgrado le conclusioni del procuratore generale sig. Dupin, ammette infine, che le donazioni tra coniugi sono rivocabili per causa d'ingratitudine.
1358. Confutazione de'principali argomenti della conclusioni del Procuratore generale sig. Dupin.
1359. Risposta all'obiezione cava'a dal silenzio del Codice relativamente alle rivocazione de'lucri nuziali in caso di separazione personale.
1360. Confutaziane delle obiezioni tentate contra l'influenza dell'art. 1518 sulla quistione.
1361. La separazione personale fa cadere la donazione come faceva svanirla la donazione?
1362. È assolutamente indispensabile, che le separazione personale sia pronunziata, onde possa essere ammessa la rivoca delle donazioni oaziali? — Si io quel che concerne il coniugo ellore.
1363. Na, in quel che concerne gli eredi, se il coniuge offeso è morto nell'cono.

COMENTARIO

1348. Questo articolo è stato un campo di battaglia per delle triste controversie, e ve n'ha pochi, che abbiano dato luogo a tante contrarie decisioni, a tante soluzioni, delle quali la morale e l'equità hanno dovuto allarmarsi. È solamente dopo molti anni di lotta tra la corte di cassazione e le corti di appello, la misura essendo colma la coscienza dei Magistrati ha ben ponderato, e la giurisprudenza si è messa di accordo coi sacri principj, che possono renderla rispettabile ed utile.

Qual era dunque la quistione, che divideva le menti? Una quistione molto semplice e facile. Le donazioni di coniuge a coniuge sia per contratto di matrimonio, sia pendente il matrimonio, sono rivocabili per causa d' ingratitudine del coniuge donatario? Le più semplici nozioni del giusto rispondono con un' affermazione categorica, dapoichè non si comprende come l' ingratitudine, che è un delitto nella persona di un donatario estraneo, possa cessare di esserlo nella persona di un coniuge.

Ma dei legisti meticolosi, più preoccupati del materialismo di una forma legale, che delle grandi verità della morale, avevano trovato innanzi a loro l' art. 959 del codice Napoleone. Appigliandosi alla scorza delle parole, obbliando i precedenti e lo stato dei fatti, avevano creduto di vedere in questo articolo una eccezione favorevole al coniuge ingrato; ed i loro sforzi erano pervenuti a rovesciare una base sin allora incontestata della giurisprudenza francese.

1349. Per comprendere questi precedenti, di cui parlo, e la cui autorità è qui di una decisa influenza, bisogna sapere, che nella giurisprudenza anteriore al codice Napoleone, lo effetto dell' ingratitudine su tutte le donazioni in favore del matrimonio non era stato guardato sotto lo stesso punto di vista. Si faceva una distinzione tra le donazioni fatte dagli estranei, e le donazioni fatte dai coniugi. Relativamente a queste non era stata elevata veruna difficoltà : i testi delle consuetudini, gli arresti dei parlamenti, tutto era di accordo per punire per mezzo della rivocazione il coniuge ingrato. Ma non era lo stesso delle donazioni fatte dagli estranei, dapoichè malgrado l' opinione dominante, che le assoggettava alla rivocazione per ingratitudine (1), sussistevano

(a) A questo articolo è uniforme l'art. 884 delle Leggi civili. *Il traduttore.*

(1) D'Olive, lib. 4, cap. 3. Charondas, lib. 2. rep. 53. Ferrières su *Parigi*, tit. 13, §. 4, t. III, p. 1096. Delaurière *Instit. contrat.*, p. 218. Furgole XI, 1, 106. Ricard, o. 685. Merlin, Repert., v° *Instit. contrat.*. p. 327.

Digitized by Google

dei dubbi, ed erano allegate delle gravi ragioni per fare relativamente a loro delle eccezioni(1). Ed in effetti la rivocazione faceva ricadere la pena sul coniuge innocente e sui suoi figli, il che era eccessivo. Una donazione fatta per favorire un matrimonio va al di là del donatario; abbraccia colui, che contrae alleanza con questo ultimo, e la famiglia che nascerà da questa unione. Rivocarla è un togliere alla famiglia tutta intiera il suo fondamento ed il suo avvenire.

Si discuteva dunque su questo punto.

Ma i libri francesi non offrono traccia di dispute serie, di dissentimento razionale e scientifico sulla rivocazione della donazione di coniuge a coniuge (2).

1350. Perchè tale accordo su questo ultimo punto? Perchè le consuetudini e la giurisprudenza vi avevano provveduto:

« Se la donna maritata, diceva la consuetudine di Angiò 3), di sua propria volontà per fornicazione lascia ed abbandona suo marito, o per sentenza della Chiesa e per suo fallo e colpa è separata da suo marito, e non si sia dopo riconciliata con lui, perde il suo antefato. »

La consuetudine di Torena aveva una simile disposizione. « La moglie nobile o plebea, che si lascia corrompere nel suo matrimonio, perde il suo antefato, se va n' è doglianza in giudizio da suo marito; ed altrimenti l'erede non potrà farne querela dopo la morte del marito » (4).

Si può consultare pure la consuetudine di Brettagna(5), la consuetudine di Normandia(6), e la consuetudine di Hainault (7): questo era il dritto comune del regno, come lo insegna Pothier (8).

Così anche nel caso di antefato, che era così favorevole, la legge consuetudinaria vedeva nella separazione pronunziata per ingratitudine della moglie una causa di rivocazione. Con più forte ragione era lo stesso delle donazioni e convenzioni matrimoniali, e le raccolte sono piene di decisioni, che hanno consacrato questo punto di dritto e di morale (9), nè vi sarebbe maggiore eresia di quella di contestarlo.

Da un' altra parte in fronte di questa giurisprudenza, che puniva la moglie colpevole, vi era una giurisprudenza non meno degna di approvazione, che puniva il marito, la cui colpa aveva dato luogo alla separazione (10).

1351. Così questo punto di dritto era completo. La rivocazione dei lucri nuziali in pregiudizio del coniuge reprensibile era consacrata, praticata, e generalmente accettata come dritto comune (11).

E d' altronde perchè la controversia sarebbe sorta contra questo punto di dritto? Forse la famiglia veniva a soffrire per questa severità della morale? Forse la rivocazione toglieva la liberalità dalla famiglia? Forse aveva essa per conseguenza il profondo turbamento, che apporta in una famiglia il ritirare, che fa un terzo di ciò, che forma la di lei agiatezza, di ciocchè è il fondamento del di lei avvenire?

1352. Ma quando si trattava di donazioni fatte dagli estranei ad uno dei coningi per riguardo del matrimonio, allora cominciava la discussione; (abbiamo detto il perchè); allora la critica trovava dei dubbi. Ed in qual modo la quistione era elevata? È un punto curioso da constatare: « *Quid delle donazioni a favore del matrimonio* », dice Ferrières(12), quando esamina, se le donazioni fatte in favore del matrimonio dal padre e dalla madre ai loro figli, sono soggette ad essere rivocate per l'ingratitudine dei donatari Si può consultare tutti gli autori francesi; il loro linguaggio è lo stesso(13). Malgrado la generalità delle parole *donazioni in favore del matrimonio* (14), non si pensava in questa discussione, che alle donazioni fatte dai terzi (15), e mai alle donazioni fatte tra coningi (a).

1353. Tale era lo stato delle cose, quando

(1) V. Merlin, v° *Instit. contrat.*, §. 9. Si faceva fondamento sulle leggi 70, D., *de jure dotium*, e 24, C., *de jure dotium*. Bisogna consultare ancora Delaurière *Instit. contrat.*, t. I, p. 222, 223. Cita le opinioni *pro e contra*.
(2) Merlin, Repert., v° *Instit. contrat.*, § 9, p. 327.
(3) Art. 314.
(4) Art. 336.
(5) Art. 455.
(6) Art. 376 e 377, e Basnage, t. II, p. 54.
(7) Cap, 121, n. 10.
(8) *Antefato*, n. 257. Coquille *sul Nivernese*, cap 14, art. 6.
(9) Brodeau *su Louet*, lettere J, somm. 4, e lettera A, somm. 16, n. 9 e 10. Merlin, Repert., v° *Separazione personale*, § 4. Cassazione 10 agosto 1809, riferito nelle Quistioni di dritto di Merlin, v° *Separazione personale*, § 1.
(10) Bergier *su Ricard*, *luoc. cit.* Merlin, Repert., v° *Separazione personale*, § 4, ed *Instit. contrat.*, § 9. Arresti del parlamento di Parigi dei 7 settembre 1782, dei 19 maggio 1779, ecc. Denizart, v° *Rivocazione*. Duparc-Poulain, t. V, p. 12, n. 17.
(11) Il mio coment. del *Contratto di matrimonio*, t. III. n. 2132 e le note.
(12) *Sopra Parigi*, t. XIII, § 4, nel sommario n. 18.
(13) Interessa di consultare Delaurière; egli conferma pienamente questa osservazione, *Instit. contrat.* t. I, p. 218, 219 e seg.
(14) Louet, lettera, *D*, somm. 46.
(15) Ricard, n. 682 e seg. Expilly, cap. 126. Boniface t. II, p. 433.
(a) Nell'antico nostro dritto non vi erano leggi o consuetudini particolari, che regolassero le donazioni a contemplazione di matrimonio, le quali dovevano quindi reggersi con le disposizioni del dritto romano, che anch'esso manca di un titolo speciale su questa materia, intesa nel senso, nel quale ora viene intesa.

Però tenevasi per certo dal Voet (*) che la dote, o la donazione *propter nuptias* non rivocavasi per ingratitudine, o che derivasse dal padre o da un estraneo, ma però se sciolto il matrimonio, quella dote o quella donazione fosse pervenuta all'ingrato o all'ingrata, davasi luogo all'azione rivocatoria, per la ragione che

(*) Ad Pand.: 39, 5, 23.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

« venuto il codice Napoleone. L'art. 959 è stato emanato per fare cessare le controversie ed abrogare l'antica giurisprudenza relativa alle donazioni fatte dai terzi in favore del matrimonio. Non abbiamo ragione di dire le grandi ragioni, che mostrano, che nell'interesse della famiglia e dei figli, una eccezione doveva essere fatta dalla legge a queste donazioni, che si dirigono meno allo stesso donatario, che al suo matrimonio ed alla sua posterità.

Ma l'art. 959 ha forse inteso di dare alle parole *donazioni in favore del matrimonio* un senso differente da quello, che altre volte loro si dava in questa materia, come Ferrières ce lo ha provato? No. Esso ha prese queste espressioni, come venivano prese in tutti i libri; anzi, se si vuole riflettere, vi è perfetta impossibilità, che l'art. 959, abbia abbracciato le donazioni tra i coniugi.

Ed eccone la pruova.

Il progetto presentato alle corti ed ai tribunali non parlava della separazione personale, la quale è stata introdotta soltanto per emendamento in tempo della discussione nel consiglio di Stato. Il progetto primitivo conosceva soltanto il divorzio.

Da un altro lato questo stesso progetto conteneva l'art. 959 (1), e dichiarava le donazioni in favore del matrimonio non essere rivocabili per causa d'ingratitudine.

Or io domando, è egli possibile, che questo articolo portasse il suo pensiero sulle donazioni tra coniugi? Evidentemente no, perchè l'articolo 299 nel titolo del divorzio faceva positivamente cadere queste donazioni per causa di ingratitudine. Dico per causa d'ingratitudine, perchè il signor Treilhard ha detto in termini formali, che l'art. 299 era fondato su questa causa.

« Quando il coninge, diceva questo consigliere di Stato, si trova convinto di fatti talmente atroci, che il divorzio ne deve essere la conseguenza, goderà egli di un benefizio, che doveva essere il prezzo di una costante affezione e delle più tenere cure? No, egli si è messo nel rango degl'ingrati, e sarà trattato com'essi. Ha violato la prima condizione del contratto; e non sarà ricevuto a reclamarne le disposizioni (2) ».

Ecco dunque l'ingratitudine presa in considerazione dal legislatore per le donazioni tra coniugi. Eccola messa da lui come base della rivocazione. È vero che questa rivocazione invece di vestire le forme ordinarie dell'azione per ingratitudine, deve prodursi tra coniugi sotto la figura di divorzio. E se ne comprende la ragione, cioè che l'ingratitudine può essere rimessa, e che la continuazione della coabitazione, e della vita comune è considerata come una rinunzia all'azione di rivocazione (3). Ma non è però men vero, che l'ingratitudine, questo fondamento del divorzio, è pure il fondamento della rivocazione.

So bene, che il divorzio poteva non essere sempre fondato sull'adulterio, le sevizie, gli eccessi, ma poteva risultare ai termini dell'articolo 231 del codice Napoleone dalla condanna del coninge ad una pena infamante ed in questo caso particolare la rivocazione è fondata sull'indegnità e non sull'ingratitudine. Ma il signor Treilhard non ha meno esposto le ragioni fondamentali dell'art. 299 nei casi di eccessi, sevizie, ingiurie ecc. Quale dunque sarebbe allora la causa della rivocazione? Non è forse vero di esservi perfetta concordanza tra l'art. 299 e l'articolo 955?

Ciò premesso, diviene chiaro, che nel primitivo pensiero dell'art. 959 le donazioni tra coniugi sono al di fuori di quest'articolo. Lo art. 959 avrebbe mentito per coloro, che lo hanno fatto e pel lettore, se si fosse applicato alle donazioni tra coniugi, precisamente rivocabili per causa d'ingratitudine. Epperò è palpabile, che comprendeva solo le donazioni fatte dai terzi.

1354. Or il senso delle parole è forse cambiato, perchè un tardi emendamento ha introdotto nel sistema del codice Napoleone la separazione personale? No. E le pruove abbondano.

Ed in effetti come la separazione improntata dall'antico diritto avrebbe tolto alle parole dell'art. 959 un senso, che aveva nell'antico dritto?

nel primo caso il contratto diretto a far seguire il matrimonio e sostenerne i pesi, era piuttosto oneroso, che lucrativo, mentre diveniva lucrativo del tutto nel secondo.

« Nec aliod statuendom do doto aut propter nuptias « donatione, eum et haec minus proprie donationes sint, « magisque onorosis, quam locrativis titulis accensentur, dum ad onera matrimonii sustineoda dantur, et « indotatam ducturus non fuisset, sive a patre sive ab « extraneo dos data sit. Si tameo soluto matrimonio, « dos aut propter nuptias donatio ad ingratam aut ingratum reversa sit, magis est, ut tuoe actione hac « revocatoria recte convoniator, quippe jam magis ex « lucrativa quam onerosa causa possidens id, quod « stante matrimonio dotale fuerat, *arg. l. ult. § si a socero 1 in fin. Dig, Quae in fraud: creditor: facta* « *sunt ut restit.* Nihil io contrarium facieoto rescripto « Imperat: in *l. si dotem marito* 24, *Cod., De jure dot,* « quo cautum, patrooum, qui dotem dederat marito li« bertae suae, oec pacto io contioenti facto *eum sibi* « *soluto matrimonio reddi prospexerat*, non posse eam « soluto matrimooio ropetere, licet eam contra se in« gratam fuisse docoerit, si culpa mulieris matrimo« oiom dissolutum sit. Deoogata enim ibi patrooo fuit « dotis repetitio ob iogratitudinem libertae, quia ter« mioi tales eraot, ot dos ad mulierem soluto matrimo« nio non revorti, sod penes maritum remanere debue« rit, dum mulier per suam culpam divortio causam de« dit. » (Voet. *loc. cit.*) *Il traduttore.*

(1) Fenet, t. II, p. 285.

(2) Fenet, t. IX, p. 488.

(3) *Infra*, n. 2137.

Come la seporazioue personale destinato a produrre (astrazione fotta dal legame) gli stessi effetti del divorzio (1), ovrebbe iogenerato nell'art. 959 delle conseguenze, che il divorzio noo vi geoerava?

D'oltronde basta riportarsene alle spiegazioni date dagli oratori sull' art. 959 del codice Napoleone.

« Le donazioni io favore del matrimonio « sono eccettuate, perchè banno per obietto « anohe i figli nasrituri, che ooo debbono es« sere vittima dell' ingratitudioa del donata« rio (2) ».

« Le donazioni in favore del matrimonio « sono eccettuate, e oe compreodete la ragio« ne. Esse sooo meno uua liberalità a favore « del dooante, cbe un trattato tra due famiglie « io coosiderazione d'una unione, che deve dare « la luce a dei figli chiamati a raocorla (3). »

Lo si vede: il legislatore è uoicameote preoccupato delle donazioui fatte dai terzi, che sono il patrimonio della famiglio, cbe assicorano il suo avvenire, e formano la fortuoa dei figli. Questo oon ba nulla di comuoe con le doozioni tra coniugi, lo cui rivocozione non cambia nulla nella sorte della famiglia e dei figli.

E poi noo obliamo l'art. 308 del codice Napoleone, cbe *autentica* la moglie odultera, come altre volte si dicevo (4), che l' espone al pubblico disprezzo, e la mette io prigione. E si vorrebbe, che il legislatore, che oel titolo della separazione l'oveva trattata con questo rigore, avesse tutto insieme cambiato di avviso nel titolo delle dooazioni! Si vorrebbe, che avesse egli outorizzata questa moglie colpevole o cooservare le liberolità, che ha ricevuto da suo marito oltraggiato! Non bisogna attribuire alla legge sì enormi assurdità!

1355. Per lo chè tutto si oocorda per ritenare, che l' art. 959 ba preso le parole *donazione in favore del matrimonio* io uo senso ristrettivo: locuzioue del dritto aotico; origine dell' art. 959; idea oonessa io ogni tempo alla separazioue; spiegazioni degli oratori; assurdità dei risultamenti. Non si potrebbe trovore un concorso di ragioni più decisive per dimostrare, che l' ort. 959, ba conservoto il suo senso primitivo, e che l' introduzione dello separazione persooole non vi ha oulla cambiato. Noo so, che si sia mai risposto a questi argomenti.

Nulladimeno tutti sauno, che in generale le parole *donazioni in favore del matrimonio* hanno uo senso più largo; testimooe l'ort. 960. Il signor Merlio ed altri dopo di lui avrebbero potuto risparmiarsi la pena di provarlo. Ma qui, in questo coso particolore, con tutte le pruove, che precedono, tal' è la forzo delle cose, che non possono comprendere, che le donozioni fatte dogli estranei.

1356. Che ovverrebbe, se l'art. 959 avesse il senso geoerale ed assoluto, che il materialismo letterale sembra a primo aspetto di dargli? Sarebbe in flagrante contradiizione con altre capitali dispos zioni del codice Napoleone, meotirebbe all' evidenza.

Ed io effetti urterebbe l' art. 299, che rivoco le dooazioni tra cooiugi per ingratitudine; urterebbe ancora l' art. 1518 del codice Napoleooe, (a), che in caso di separazione colpisce la precapienza in pregiudizio del eoniuge colpevole (5). Questo orticolo è notabilissimo, ed è ancbe decisivo, e rivela con uo alto grado di evidenza il sistema generale del legislatore. Esso mostra quanto eoorme sarebbe l' errore di coloro, cbe prendessero l' art. 959 con un significoto illimitato.

1357. Nonpertaoto io questo stoto di cose, e quando la più semplice riflessione ovrebbe potuto rischiarare l' art. 959 della propizia loce della critica, il signor Merlin dapprima(6), e poi la corte di cassozione (7) si sono lasciati troscioare a prendere questo testo con un' infelice formalismo, e l' hanno fatto servire loro malgrado ai più rivoltaoti scoodali.

Il signor Merlin ricooosce nondimeno, cbe la rivocazione non sarebbe dubbio « se si do« vesse riferirsene olle oozioni del giusto e « dell' ingiusto; » il che noo gli vieto di ammettere col maggiore sangue freddo del mondo una cosa, che gli sembra uno grandissima ingiustizia. Gli basto un' argomeoto tratto dalla lettera. Non si dà la pena di vedere, se questa lettera non è interpretata contra il voto del legislatore, e se non vi è qualche buona ragione da esporre in favore del giusto contra l' ingiusto.

Ma altri più desiderosi di mettere il dritto in armonia con lo morale, si sono dati questa pena, ed il successo ba corooolo la loro intrapreso. Un arresto renduto dallo corte di cassazioue io udienza solenne il 23 di maggio 1845 ho deciso infine, essere le donazioni tra coniugi rivocabili per ingratitudioe (8). Memorabile cambiamento negli onnoli dello corte di

(1) Roederer diceva, ia effetti: « Al di là gli effetti sono gli stessi: » (Fenet, t. IX, p. 366).

(2) Il sig. Bigot (Fenet, t. XII, p. 636).

(3) Il tribuno Sedillat (Fenet, t. XII, p. 636).

(4) Si chiamava altre volte la moglie adultera ch'era stata frustata e chiusa in un monastero, secondo l'aotentica *Sed hodie* C. *de adulteriis*: *Moglie autenticata*.

(5) Il mio Comeat. del *Contratto di matrim.* t. III, n. 2132.

(a) La disposizione di quest'articolo non è stata riprodotta nelle nostre Leggi civili. *Il tradut.*

(6) Quistioni di dritto, v. *Separazione* § 1, Repert., *Separazione*, § 4,

(7) I suoi arresti sono stati troppo nnmerosi.

(8) Devill., 45, 1, 3‹1. Palazzo, t. XLIV, p. 626. *Aggiungi* Cassaz., 17 giugno 1845 e 28 aprile 1846 (Devill., 46, 1, 52 e 583) Parigi 5 febbraio 1847). Devill., 47, 2, 91). Colmar, 15 luglio 1846 (Devill., 37,

cassazione! Nobile ritorno di una magistratura collocata sì in alto, che non teme di riconoscere i suoi errori. Era io allora consigliere della corte di cassazione, e presi una parte così attiva, che mi fu possibile al risultamento consacrato dal voto della maggioranza. L'impresa fu ardua, perchè il signor Dupin, Procuratore generale, sostenne con forza la giurisprudenza materialista, contro della quale delle corti di appello avevano con energia resistito; egli credè di dovere seguire gli errori tracciati dal suo illustre predecessore sig. Merlin; nè vi occorse meno di una deliberazione di sette ore e mezzo per respingere con una maggioranza di diciotto contra sedici le conclusioni del procuratore generale, ed operare nella giurisprudenza questa felice rivoluzione.

1358. Vi è soltanto questa differenza tra lo antico ed il nuovo procuratore generale, che il primo confessava di fare al testo dell'articolo 959 un sacrifizio penoso per la morale, per lo che tutti i martiri della lettera dovevano detto appresso lui: « Sì! la legge è cattiva. Ma che volete? *dura lex sed lex est*; fate cambiare la legge (1) ».

Il signor Dupin andò più lontano, e per la prima volta intraprese di provare, che una legge opposta alla rivocazione è una legge buona e morale. Tra tutti i punti così deboli delle sue conclusioni, questo è il più debole. Il paradosso dell'oratore si eleva sì forte al di sopra del suo talento, che non si vede più altro, che l'errore in tutta la sua nudità sofistica. Ed in effetti, chi non vede essere il dritto di rivocazione un freno durante il matrimonio, che mantiene l'osservanza del dovere, ed un potente mezzo repressivo? E per lo contrario essere l'irrevocabilità un incentivo pei mancamenti, una guida alla licenza, un rafforzante dei cattivi sentimenti mercè la speranza di una fortuna indipendente? Che una sposa adultera non si dispiacerà di godere della donazione col suo complice; e che infine mentre la legge toglie ad un estraneo ingrato i vantaggi d'una donazione, è sovranamente iniquo di lasciarli ad un coniuge, che innanzi agli altari ed alla società ha promesso in una speciale maniera amicizia, affezione, fedeltà?

Il dotto procuratore generale si mostra preoccupatissimo della stabilità dei contratti di matrimonio. Ma vorrei ben sapere, se l'antica giurisprudenza non se ne preoccupava del pari quanto chicchessia, e se non pertanto la sua alta saggezza non aveva veduto, esservi tali colpe del coniuge da meritare la perdita dei lucri nuziali. Il contratto di matrimonio è sottoposto ad una doppia condizione: la prima che il matrimonio sarà celebrato: la seconda, che sussisterò con l'osservanza dei doveri che impone. Se vi è mancamento, la giustizia pronunzia la separazione secondo il dritto comune; si liquida, ed i lucri sono tolti al colpevole, *causa data, causa non secuta*. E come! Il sig. Dupin propone un tale argomento in presenza dell'art. 1518! In presenza dell'antica giurisprudenza e dei suoi salutari rigori! Davvero che si direbbe nel sentire il signor Dupin, aver egli obliato, che il contratto di matrimonio ha vissuto per secoli sulle idee, che sostenghiamo, e che questa antica giurisprudenza, sulla quale ci poggiamo, ha fondata il principio della stabilità delle stipulazioni matrimoniali.

Il signor Dupin aggiunge, che senza vantaggi il matrimonio non avrebbe luogo, ed ha ragione: ma per contrario senza la promessa di affezione lo sposo donante non avrebbe donato. Per lo che lo sposo ingrato deve dolersi con sè medesimo di una rivocazione, di cui egli stesso è la causa.

Ma mi avveggo d'insistere su delle idee, che la ragione accoglie da se medesima, e che per contrario si colora tanto bene che male la tesi opposta alla rivocazione con dei singolari sforzi di ragionamento; che la morale, la giustizia, il buon senso parlano sì alto su questa quistione, che di essa non si può dire essere *grandemente mista di per e di contra*.

1359. Nulladimeno aggiungiomo ancora una parola su qualche obbiezione di dettaglio

Si è trovato, in quello, che precede, molte gravi considerazioni, che si cavano dalla giustizia e dalla morale, dal legame dell'antico dritto col nuovo, dalla confezione del codice Napoleone, dai discorsi degli oratori. A tutto questo le conclusioni del signor Dupin han solo opposto il silenzio o troppo leggieri argomenti. In contracambio i parteggiani della sua tesi vengono a dimandarci con un tuono vittorioso: Perchè il legislatore ha creduto necessario di spiegarsi pel caso di divorzio, e perchè ha guardato il silenzio in caso di separazione personale? In verità ecco una nota luminosa, un profondo punto di veduta, un argomento vasto e potente!

Nulladimeno siccome bisogna rispondere alle piccole cose come alle grandi, dirò agl'inventori di questi fulminanti argomenti, che anche Pothier ha omesso di spiegarsi sulle conseguenze della separazione personale relativamente ai lucri nuzioli (2); e nondimeno non era meno certo, che la separazione faceva perdere i lucri, come del resto egli stesso lo ha altrove insegnato (3). Il codice ha fatto co-

2, 196), e molti altri riferiti da Devilleneuve, 47, 2, 91, nota, e che provano questa giurisprudenza non essere ora più contestata, del che debbono applaudirsi tutti coloro, che hanno preso parte al gran progresso.

(1) Bayle-Mouillard *su Grenier.*, t. II, p. 211, e molti altri.

(2) *Contratto di matrimonio*. n. 522.

(3) *Antefato, loc. cit.*

Digitized by Google

me Pothier; si è taciuto come lui; ma ha parlato altrove negli articoli 953, 955, e 1518. D'altronde si sa a quanti stiramenti ed impasti è andato soggetto il capitolo della separazione personale. È sorprendente, che questo punto sia stato omesso? Si crede forse, che ad istabilirsi la separazione, non si sia ritenuta con gli effetti, che aveva nella giurisprudenza, dalla quale si era presa in impronto? Si pensa forse, che i redattori del codice abbiano inteso di fare un così gran cambiamento senza dirne nulla (1), essi che avevano trovata in questa parte sì saggia l'antica giurisprudenza, che l'avevano estesa al divorzio?

E poi l'art. 299 era molto più necessario nel titolo del divorzio che nel titolo della separazione, perchè nel divorzio bisognava distinguere il caso di divorzio per mutuo consenso da quello del divorzio per sevizie, ingiurie, eccessi (a).

1360. Infine nel sistema del signor Dupin si è tentato di respingere l'influenza dell'articolo 1518, dicendo, che se la precapienza cessa con la separazione, non è a causa della ingratitudine del coniuge, ma perchè la separazione fa cessare la collaborazione dei coningi.

Ma di buona fede questa risposta ha qualche importanza seria? Come il signor Dupin non vede, che la precapienza cessa soltanto pel coniuge colpevole e non per l'innocente? Come non vede, che se non si liquida secondo il contratto relativamente al coniuge colpevole, è perchè vi è da sua parte colpa ed ingratitudine, che chieggono una punizione, e che gli articoli 953 e 955 producono qui i loro effetti?

1361. Ora tocchiamo una quistione, che siegue la precedente, e che ha la sua importanza.

La separazione personale fa cadere le donazioni *ipso jure*, come faceva svanirla il divorzio giusta l'art. 299 del codice Napoleone?

Cominciamo dal dire, essere raro, che la dimanda di separazione non sia accompagnata dalla dimanda di rivocazione dei lucri nuziali (2). E quando i torti del coniuge sono molto gravi per fare pronunziare la separazione, producono per conseguenza la rivocazione delle donazioni e dei lucri nuziali.

Ma può anche avvenire, che il coniuge offeso non dimanda la rivocazione, e se ne trovano degli esempi (3).

Allora due partiti sono stati presentati. Il primo consiste nel dire che la separazione personale per causa d'ingratitudine implica virtualmente la rivocazione. Tale è la giurisprudenza ora più costante, la quale risulta dall'arresto solenne dei 23 di maggio 1845 e da quelli, che l'hanno seguito (4). Questa giurisprudenza prende nel titolo del divorzio l'art. 299, e l'applica non come argomento ma come regola. Movendo di là, gli eredi trovano la rivocazione nella successione dei loro autori, e se ne impadroniscono come di un dritto acquistato, se non consumato.

Il secondo partito consiste nel dire, che per verità, la rivocazione può non avvenire di pieno dritto; per cotal modo la rivocazione, che nell'antica giurisprudenza poteva essere il principio di un'azione rivocatoria, non rivocava le liberalità *ipso jure* (5); che però l'azione del coniuge ha sonnacchiato pendente il matrimonio, e che si apre nella sua morte a favore dei suoi eredi (6). Ma questa azione non è così radicale come l'altra; è più suscettibile di ostacoli e d'irrecettibilità; è meno efficace, ed appunto per questo diamo la preferenza all'altra opinione.

1362. Resta da esaminarsi se è ossolutamente indispensabile, che la separazione personale sia pronunziata, onde la rivocazione delle donazioni nuziali possa essere ammessa.

In quel che concerne il coniuge attore, bisogna, che sia armato di una sentenza di separazione, e così questo punto di dritto era inteso nell'antica giurisprudenza (7). La ragione ne è semplice: secondo il dritto comune la riconciliazione ed il perdono elevano una irrecettibilità contro la dimanda di rivocazione per causa d'ingratitudine (8). Ora il coniuge, che non dimanda la separazione, si presume non trovare l'ingiuria assai grave, o averla perdonata. E perchè dunque viene a dimandare la rivocazione? La non separazione di corpo lasciando continuare la coabitazione, fa supporre l'*osculatio* o la *commensatio*, che sono delle marche di riconciliazione. D'altronde tra coningi *res non sunt amare tractandae*.

1363. Ma è possibile, che il coniuge offeso sia morto nell'anno del delitto senza conoscerlo o senza avere avuto il tempo di perseguitarlo. Allora l'azione passa agli eredi, e l'ingratitudine può servire di base all'azione sebbene non sia fortificata da una sentenza di separazione (9).

(1) V. l'art. 1518

(a) Abbiamo già fatto avvertire, che l'art. 228 delle nostre Leggi civili contiene la disposizione, che mancava nel Codice Napoleone. Esso dice:

« Per qualunque causa abbia avuto luogo la separazione, il coniuge contro il quale sarà stata ammessa la separazione, perderà il dritto a tutti i lucri, che il consorte gli avev'accordati sia nel contratto di matrimonio sia dopo il matrimonio. » *Il tradut.*

(2) Esempii: Arresti de'4 luglio e 7 settembre 1782 (Repert. v. *Separazione*, § 1, n. 4, p. 436). Arresti dei 6 febbraio 1783 e 26 febbraio 1728 (*loc. cit.* § 4, p. 464).

(3) *Sopra*, n. 1343.

(4) *Sopra*, n° 1357 nella nota. *Infra* n° 3095.

(5) Merlin, Repert., v° *Separazione di corpo*, §. 4.

(6) *Sopra* n. 1343 gli arresti citati.

(7) *Sopra* n. 1350 il testo della consuetudine di Angiò.

(8) *Sopra* n. 1325.

(9) *Sopra* n. 1336.

Digitized by Google

Ove si perverrebbe, se si lasciasse andare ad altre idee?

Un marito dà la morte a sua moglie come un altro duca di Praslin. Forse gli eredi della moglie non avranno un'azione per fare rivocare la donazione fatta dalla moglie al marito? E quale è l'illusione dei Giureconsulti, che pensano, non essere le donazioni tra coniugi rivocabili per ingratitudine?

Articolo 960 — (885)

Tutte le donazioni tra vivi fatte da persone, che non avevano figli o discendenti attualmente viventi nel tempo della donazione, di qualsivoglia valore questo donazioni potessero essere ed a qualunque titolo siano state fatte, ed ancorchè fossero reciproche o rimuneratorie, anche quelle che fossero state fatte in favore del matrimonio da altri, che dagli ascendenti a' coniugi, o dai coniugi l'uno all'altro, rimarranno di pieno dritto rivocate per la sopravvenienza di un figlio legittimo del donante, anche postumo, o per la legittimazione di un figlio naturale per susseguente matrimonio, s'è nato dopo della donazione.

Articolo 961 — (886).

Questa rivocazione avrà luogo ancorchè il figlio del donante o della donatrice fosse conceputo in tempo della donazione (a).

SOMMARIO

1364. Dolla rivocasione dello donazioni per causa di sopravvenienza di figli in dritto romano.
1365. La leggo parla qui il linguaggio dell'amore paterno.
1366. Giureconsulti, che hanno elevato dei dubbii sulla legittimità di questa disposizione—Opinione di Doneau.
1367. Confutaziono.
1368. Nel Consiglio di Stato il sistema di Doneau fu abbandonato, non sensa essere stato discusso.
1369. De' figli, la cui nascita fa rivocare la donaziono — De' figli legittimi.
1370. De' figli logittimati.
1371. Perchè il Codice ha ammesso qui solamente i figli legittimati nati dopo della donazione.
1372. In quanto alla nascita de' figli naturali, anche riconosciuti, non potrebbe avere veruna influenza sulle donasioni anteriori.
1373. È lo stesso dell'adosione.
1374. Bisogna inoltre, che i figli legittimi o legittimati nati dopo della donazione, siano nati vitali.
1375. *Quid* de' figli venuti al mondo in seguito di operasione cesarea, o del parto mostruoso ? — Rinvio.
1376. Il figlio conceputo nel momento della donazione non è riputato nato.
1377. I figli, che nascono dopo che il loro padre ha fatto una donasione, non operano la rivocasione di questo atto quando uvevano di già de' fratelli e delle sorelle esistenti nel momento della donazione.
1378. La donazione fatta da un padre nella falsa opinione della morte di un figlio assente, potrebb'essere rivocato per lo ritorno di questo figlio.
1379. Il donante, il cui unico figlio nel momento della donazione è morto civilmente, sorà riputato senza figli?
1380. La nascita di un figlio legittimo fa forse svanire la donazione fatta in un' epoca, nella quale il donante aveva un figlio naturale? Distinzione. — No, se la donazione, di cui si tratta, è stata fatta al figlio naturale.
1381. Ma che decidere, se la donasione è stata fatta non al figlio naturale, ma ad un' estraneo?
1382. Il figlio nato da un matrimonio nullo per l'incapacità di uno de' contraenti o legittimato per la buona fede dall'altro dà luogo alla rivocaziono dolla donazione?
1383. Il donatario è autorizzato a respingere l'azione di rivocazione, provando la frode di una pretesa filiazione legittima.
1384. Quali donazioni sono rivocabili per causa di sopravvenienza di figli? Dello donazioni per causa pia nell' antico dritto.
1385. La leggo *Si unquam* era applicabile alle donazioni per causa di morte.
1386. Dissentimenti sul significato di questa legge relativamento alle differenti specie di donasioni.
1387. L'ordinanza del 1731 sottopose alla rivocaziono tutte le donazioni di qualunque natura.
1388. Il Codice Napoleone adottò questo principio, e fece eccezione solamento a favore delle donasioni a causa di matrimonio, fatte tra coniuge o dagli ascendenti a' coniugi.
1389. La donazione fatta tra futuri sposi non è neppure rivocabile per la sopravvenienza di figli nati da un secondo matrimonio.
1390. Prima dell'Ordinansa del 1731 eravi dubbio sul punto di sapere, se la donazione fatta da un padre al suo unico figlio era rivocata per la sopravvenienza di altri figli.
1391. La donazione sarebbe irrevocabile anche nel caso, in cui l'ascendente avesso donato a sua nuora o a suo genero per contratto di matrimonio.
1392. *Quid* delle donazioni reciproche? — Definizione e carattere di questa specie di donazioni giusta gli autori antichi.
1393. L'ordinansa del 1731 le riguardava come vere donasioni, ed il Codice le ha soggettate alle regole delle donazioni ordinarie.
1394. Differenza tra la donazione reciproca e la donasione con pesi.
1395. Nel caso di donasione reciproca, quando sopravvengono de' figli ad uno de' donanti, la reciprocanza della situazione essendo rotta, la doppia donazione è rivocata.
1396. Le donasioni con pesi possono pure essere rivocate per causa di sopravveniensa di figli.
1397. È lo stesso delle donasioni rimuneratorie.
1398. *Quid* delle remissioni di debiti e rinunzie a dei dritti acquistati. — Distinzione.
1399. Poco importa, che vi sia o che non vi sia atto della remissione del debito.
1400. Le donasioni occulte sotto forma di contratto oneroso possono pure essere rivocate per sopravveniensa di figli.
1401. È lo stesso delle disposizioni regolate dall' articolo 1840 del Codice.
1402. Poco importa il valore delle cose donate.

(a) Corrispondono a questi articoli o sono loro uniformi gli articoli 885 ed 886 delle *Leg. civili*. *Il traduttore.*

COMENTARIO

1364. La rivocazione delle donazioni per sopravvenienza di figli (1), tira la sua origine dalla famosa legge *Si unquam* C., *De revoc. donat.*, di cui ecco i termini: *Si unquam libertis patronus, filios non habens, bona omnia vel partem aliquam facultatum fecerit donatione largitus, et postea susceperit liberos, totum quidquid largitus fuerit revertatur in ejusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum* (2).

Questa legge è un responso degl' Imperatori ad una consultazione del prefetto della città sul proposito di una contestazione tra un patrono ed un affrancato. Presa testualmente, parla dunque soltanto delle donazioni fatte dai patroni ai loro affrancati. Ma l' interpretazione rimontò sino alla stessa causa della decisione imperiale, e vi trovò una di quelle ragioni di pietà e di affezione, che haono un carattere di generalità e che dominano tutte le specie; dapoichè, come dice Cujacio, *in omnibus ratio legis valet, quae posita est in ratione pietatis* (3); sicchè bentosto la legge *Si unquam* fu estesa dall' uso e dall' identità di ragione, vale a dire *conjectura pietatis*, a tutti i donanti senza eccezione. Siccome versava su di un subietto molto interessante ed usualissimo, fu materia di molti trattati e comentari, che servirono a guidare la giurisprudenza sino alla ordinanza del 1731, la quale sanzionò col suo art. 39 l'estensione data alla legge *Si unquam*. La disposizione del codice, che comeutiamo, è quasi cavata parola per parola da questo articolo 39.

1365. Il vero fondamento di questa rivocazione è dunque l' affezione paterna, che fa supporre, che il padre invece di donare il suo patrimonio e la sua propria sostanza l' avrebbe riserbata pei suoi figli, se avesse preveduto, che ne avrebbe. La donazione si trova scossa nella sua causa; la legge presume, che ogni donazione fatta da un individuo senza figli, è subordinata alla condizione preveduta ed accettata dal donatario, che restituirà la cosa donata, se dei figli, messi più in alto di lui nell' affezione del donante, sopravvengono a costui. La legge parla qui il linguaggio dell' amore paterno; veglia pei figli da nascere, e conserva al padre di famiglia dei mezzi sicuri per nudrire, elevare, e dotare coloro, che saranno procreati dalla sua unione.

1366. Nulladimeno dobbiamo riconoscere, che molti giureconsulti di grande autorità hanno elevati dei dubbi sulla legittimità di questo punto di dritto: posso citare Doneau (6), Voet(4)e Vinnio(5). Il primo sopratutto ha lungamente discussa la quistione. Prendendo la legge *Si unquam* come un caso particolare e non come una regola generale, vuole, che il favore particolare accordato per eccezione alla persona del padrone donante, non appartenga ad altri. E perchè mai si estenderebbe la legge *Si unquam* a dei casi che essa non prevede? Perchè farla uscire dal circolo ristretto, che abbraccia? Non v' han forse dei principi generali, che si elevano contra di questa estensione? Senza parlare dell' adagio, secondo il quale i privilegi non debbono essere estesi, vi è una regola considerevole e decisiva, che vuole, che gli atti perfetti *ab initio* non siano scossi dagli avvenimenti posteriori *Quae ab initio recte gesta perfectaque sunt, eventu non infirmentur*. E questa regola è vera, anche quando gli avvenimenti posteriori mettessero le cose in una situazione, che se fosse esistita prima del contratto, l' avrebbe impedito di aver luogo (7). Quanto a più forte ragione è incontestabile, allorchè questi avvenimenti mettono le parti in una situazione, che non avrebbe impedito il contratto? Perchè infine niente vieta ad un uomo, che ha dei figli di fare una donazione ad un estraneo, e ciò ai vede ogni giorno. Si manterrebbe la donazione, se il donante avesse avuto dei figli, quando ha donato, e si rifiuta di mantenerla, perchè non avendone, quando ha donato, gliene sopravvengono *ex post facto*! Ove è il motivo di togliere al donatario quello, che è da lui acquistato, quello, che gli appartiene, quello, che gli è stato donato senza condizione, senza riserva? (8). Da quanto tempo il dispiacere di una delle parti può indebolire la virtù di cioc-

(1) V. l' opera di Tiraquello sulla legge *Si unquam* ed il *Trattato della rivocazione delle donazioni per sopravvenienza di figli*, di Arnaldo della Rouvière, impresso in prosieguo del *Trattato delle donazioni*, di Ricard; d'Olive. 3, 5; Basoage sull'art. 449 della *Consuetudine di Normandia*; Furgole sull' ordinanza del 1731; Voet, *ad Pand.*, lib. 39. t. V. n. 26 e seg. Cujacio, 20, *osserv.* 5; Fachinen, 3, *cont.* 85; Ferrières *su Parigi*, t. III, p. 1109.

(2) L. 8, C, *De revoc. donation.* Pothier, *Pand*, t. III, p. 40, n. 48.

(3) *Luoc. cit.*

(4) Sulla legge *Si unquam*, o. 17, 18, 19 e seg.

(5) *Ad Pand.* lib. 39, t. V. n. 26.

(6) *Quaest. selectae*, lib. 2, c. 32.

(7) L. 85, § 1, D., *De reg. juris* (Paolo) Instit., *Quib. non est permiss. fac. test.*, § 1, alla parola *Furiosi*.

(8) L. 2, D, *De his qui sunt sui*. L. ult., D. *De pactis*.

chè è stato conchiuso col concorso di due volontà? A questi principi bisogna stare sopratutto in materia di donazioni, perchè le donazioni sono irrevocabili, nè cessano di esserle, se non quando il donante ha espressa una causa di rivocazione. Che se egli ha serbato il silenzio, se non ha detto, quando, come, in qual caso una rivocazione potrà aver luogo, l'irrevocabilità della donazione è la regola superiore ed inflessibile (1).

D'altronde è egli vero, che la sopravvenienza dei figli sia sufficiente per operare la rivocazione della donazione? No, e la prova ne è evidente, giusta le stesse leggi, se un testatore, che non ha figli, fa un legato, la sua disposizione non è rivocata per la nascita di un postumo (2). Ecco dunque che un atto rivocabile di sua natura non è rivocato per la nascita di un figlio, e si vorrebbe, che questo fatto rivocasse un atto irrevocabile (3).

Si parla del favore dei figli, che nascono *ex post facto*; senza negarlo è permesso di rispondere con vantaggio, che niuno può col suo fatto togliere ad altri un dritto o un'azione che gli appartiene (4).

Del resto la quistione è troncata da s. Agostino in un passo rimarchevole, del quale il dritto canonico si è impadronito (5). Un individuo, che non aveva figli, e che non ne sperava, aveva donato tutti i suoi beni alla Chiesa con riserva di usufrutto. Più tardi ebbe dei figli, e la sua posizione si trovò cambiata. Allora che fece Aurelio Vescovo di Cartagine? Poteva certamente serbare tutti questi beni giusta il dritto civile: nondimeno credè, che l'equità parlasse in favore di questo padre di famiglia, e gli restituì i beni donati, sebbene non se lo aspettasse. *Reddidit Episcopus ea quae ille donaverit: in potestate habebat Episcopus non reddere, sed jure fori, non jure poli* (6). S. Agostino non era straniero al dritto, come i suoi scritti lo provano, ed ecco, che c'insegna, che in tempo suo, le leggi civili, le costituzioni imperiali non dichiaravano le donazioni tra vivi rivocabili per ingratitudine. Epperò la legge *si unquam* anteriore di molto all'epoca sua, non era applicabile al di fuori del caso speciale, che ella prevede, e si può dire tale essere l'opinione dei giureconsulti del tempo di Teodosio.

1367. Le osservazioni di Donean non mancano di forza. Nondimeno approviamo la giurisprudenza, che impadronendosi di un testo favorevole alla causa della famiglia, l'ha esteso per una grande identità di ragione a dei casi simili. È certo, che colui, cui sopravvengono dei figli, prova nell'ordine delle sue affezioni un cambiamento radicale, e che si può dire con asseveranza, che non si sarebbe spogliato per un estraneo, se avesse conosciuto la tenerezza paterna. Da un altro lato può il donatario equamente serbare dei beni, che gli sono stati donati soltanto per effetto di sentimento, che non sarebbero esistiti, se avesse avuto figli? Adunque sarà egli sì duro da preferirsi ai figli del suo donante? Avrà egli il coraggio di vederli poveri e di vestirsi delle ricchezze del padre loro? No! la sopravvenienza dei figli è un caso sì grave, che dà luogo ad una restituzione *in integrum*. Le parti non sapevano quello, che facevano, e si sarebbero comportate diversamente, se il donante avesse saputo il benefizio, che la natura gli riserbava. Egli non avrebbe diminuito il suo patrimonio, ed il donatario non avrebbe voluto arricchirsi a spese dei figli.

Il che aveva benissimo compreso il vescovo di Cartagine, e non concepisco, che Doneau citi questo fatto in appoggio della sua dottrina. Voglio bene, che in tempo di S. Agostino la legge *Si unquam* non avesse ricevuto l'estensione, che ha dopo ricevuto, benchè sia possibile di contrastare questa opinione (7). Ma vedete quello, che l'equità ne pensa! Vedete quello, che la coscienza detta ad Aurelio! E non è forse una legge civile eccellente e profondamente filosofica quella, che si mette così di accordo con la giustizia naturale?

Epperò dopo di avere cercato nelle viscere stesse della natura, il legislatore ha deciso, che ogni donazione tra vivi fatta da un uomo senza figli, contiene in se implicitamente ma necessariamente la condizione: *si liberos non susceperit* (a).

1368. Nulladimeno diciamo, che in tempo della redazione del codice Napoleone il sistema di Donean trovò degli appoggi nel consiglio di stato (per esempio i signori Treilbard o Tronchet); (8) anzi era stato proposto nel progetto un articolo per consacrarlo, ed abrogare su questo punto l'ordinanza del 1731 (9). Il console Cambacérès contribuì moltissimo a fare rigettare questa innovazione (10) ed a mantenere il dritto antico.

È vero, che un potente motivo di economia

(1) L. 1, D., *De Donat.*
(2) L. 16, D., *De jure cod.* Paolo, 21 quaest.).
(3) N. 20 *in fine.*
(4) N. 20.
(5) *Decreti secunda pars*, c. 17, q. 4, c. 43.
(6) *Jure poli*, vale a dire *jure coeli* Questo passo è cavato del sermone 2, *De vita clericorum.*
(7) Fachineo 3, *cont.* 86.
(a) Tale era pure presso di noi prima della pubblicazione della nuova legislazione la comune opinione del Foro. Si osservava allora, che anche Ugone Donello, che sosteneva l'opinione contraria, ammetteva, che ooopertanto se l'interpretazione estensiva della legge *Si unquam* fosse passata in costume, dovesse dessa ritenersi come vera legge, e che intanto era sì generale tale costume sia dai tempi di Bartolo, che questi non ne fe' verun dubbio (V. il Cardinale de Luca, *De donation.*, Discors. 20, 21, 22, e 71). *Il tradut.*
(8) Fenet, t. XII, p. 374, 375.
(9) Art. 65 (Fenet, p. 372).
(10) Id.

Digitized by Google

politica può essere invocato per combattere il nostro articolo 960. Si dice risultarne una grande incertezza nelle proprietà; che i figli possono venire soltanto dopo un gran numero di anni susseguenti alla donazione; che il donatario si è abituato a godere della cosa: che ha potuto alienarla, costituirsela in dote, ed interessare dei terzi nel suo possesso.

Queste considerazioni hanno dell'importanza ma non possono prevalere sulla legge naturale, che subordina tutte le affezioni all'affezione paterna (1). Il donatario sa su di che può contare, e deve regolare la sua condotta, le sue speranze, i suoi atti sul dritto risolubile, che gli è conferito.

1369. Ora bisogna parlare dei figli, la cui nascita fa rivocare la donazione.

Qui si presentano delle quistioni molto delicate, e si prevede senza pena, che le fan sorgere i figli naturali.

E dapprima è chiaro, che i figli legittimi sono stati il pensiero del legislatore, dapoichè non è bisognato meno della famiglia e delle potenti affezioni, che essa serba, per scuotere degli atti, che per loro natura sono fermissimi.

Adunque l'articolo 960 parla soltanto prima di tutto dei figli legittimi. La legittimità ha dei dritti così considerevoli da elevarsi al di sopra di tutti gli altri interessi. Se il figlio non è protetto nel suo stato dal leale matrimonio di suo padre e sua madre, la sua nascita non ha efficacia per rovesciare una donazione irrevocabile (2).

1370. Nulladimeno non si potevano escludere i figli naturali legittimati, perciocchè la legittimazione per susseguente matrimonio cancella l'originaria irregolarità della nascita (3), e fa supporre, essere stato il figlio sempre legittimo. *Legitimatus non differt a legitimo* (4). Del pari il nostro articolo assimila il figlio legittimato al figlio legittimo.

1371. Ma siccome vi sono due tratti di tempo nello stato di un figlio legittimato, cioè la nascita e la legittimazione posteriore, si è dimandato quale dovrebb'essere la sorte di una donazione messa tra il primo ed il secondo avvertimento. La legittimazione, atto civile in qualunque specie, atto della legge, sarà assimilata al fatto naturale della nascita del figlio legittimo? Benchè il figlio naturale sia nato prima della donazione, la legittimazione, che dopo interviene, farà cadere la donazione, come farebbe la nascita di un figlio legittimo?

L'antica giurisprudenza era stata varia su questo punto delicato. Dumoulin e Furgole sostenevano, che la legittimazione posteriore alla donazione di un figlio nato prima non rovesciavano la donazione (5). Ma il maggior numero si era pronunziato in senso contrario; secondo loro bisognava considerare non la nascita del bastardo, ma la sola legittimazione, la quale genera le oneste affezioni, che la legge vuole proteggere (6). Si pensava, che i figli si presumevano nati il giorno della legittimazione (7); ch'eglino rinascevano in qualche sorte per questo cambiamento di stato, *jure regenerationis* (8). Gli arresti avevano adottato quest'ultimo partito, e l'ordinanza del 1731 aveva data loro la preferenza (9). Si può vedere in Dumoulin un rimarchevole esempio di questa giurisprudenza e de'suoi effetti.

Bertrand de Pellegure aveva fatta una donazione per contratto di matrimonio a suo fratello Guglielmo di Pellegure, che sposava la Signorina di Caumont. In questo momento aveva due figli da una concubina. Guglielmo morì molti anni dopo, lasciando due figlie del suo matrimonio. In tale stato erano le cose, quando Bertrand sposò la sua concubina e legittimò i suoi due bastardi. Nel tempo stesso intentò un'azione di rivocazione della donazione fatta a suo fratello col contratto di matrimonio, e guadagnò la sua causa nel gran consiglio dopo di essere stata al punto di guadagnarla nel Parlamento di Bordeaux (10). Quale rigore pe'figli legittimi nati dall'unione, che Bertrand aveva voluto favorire!

Il Codice civile colpito da questi inconvenienti ha fatto prevalere il sentimento di Dumoulin e di Furgole.

Ed in effetti bisogna considerare, che l'amore paterno, ch'è il fondamento della rivocazione, non prende la sua sorgente nella legittimazione, ma bensì nella natura e ne' legami del sangue (11). Ed invero quasi sempre a causa dei figli e per la tenerezza, che il padre ha per loro, egli si decide al matrimonio (12). Imperocchè prova nel suo cuore i sentimenti, che proteggono la loro sorte ed il loro avvenire, e può quindi ragionevolmente supporsi, che se ha fatto la donazione, è perchè aveva dei motivi ragionevoli, chiaroveggenti, potenti, che non sarebbero stati affievoliti dalla presenza di un figlio legittimo in luogo di un figlio naturale. Qual'è la base della rivocazione? È che il padre non avrebbe

(1) Bigot de Preameneu (Fenet, t. XII. p. 551).
(2) Normandia, art. 449. Furgole, *quest.* 17, n. 1 e 2.
(3) Art. 333 C. Napoleone.
(4) Gotofredo sulla legge 8, C., *De revoc. donat.* Louet e Brodeau, lettera *D*, somm. 52, n. 4 e 7. Maynard; 4, 13, 6, 57.
(5) V. Furgole, quest. 17, n. 43. Dumoulin sul Cons. 366 di Decio.
(6) Brillon, v. *Donazione*. n. 223, cita due arresti. Ferrières, t. III, p. 1136.
(7) Despeisses, t. I, p. 459.
(8) Giustiniano, *novelle* 17, C. ult.
(9) Art. 39.
(10) *De donat. in cont. mat. fact.*, n. 83, Boerio, q. 157.
(11) Furgole, *luog. cit.*, n. 48.
(12) L. 10, C., *De nat. liberis*, ha fatto questa giustissima osservazione.

Digitized by Google

fatto la donazione *si cogitasset de liberis*. Ora questa circostanza manca qui, poichè il padre aveva de'figli, poichè ha potuto pensare a loro, poichè la sua affezione era svegliata su'loro interessi.

È vero, che la legittimazione, che viene più tardi, aumenta i dritti del figlio. Ma aumenta la tenerezza del padre? No! L' esperienza prova ogni giorno, che la natura ha de'dritti essenziali, che non dipendono da tale o tal fatto civile. Si sono veduti de' Padri più ardenti nel loro amore per un figlio naturale, che per un figlio legittimo; e nel loro cuore si è veduto una sollecitudine ed una vigilanza tanto più grandi, quando la legge meno protegge i frutti d' irregolari unioni.

1372. In quanto ai figli naturali anche riconosciuti la loro nascita ed il loro riconoscimento non potrebbero influire sulle donazioni anteriori. La rivocazione di un atto per se irrevocabile è un fatto troppo grave per potere giovare a delle situazioni, che non hanno per esse l'autorità della legittimità (1). Daltronde il donante non può attentare ad un atto irrevocabile pel fatto del riconoscimento, che dipende dal suo libero arbitrio, ed il cui carattere è tutto potestativo.

1373. Ciò ci porta a decidere, che l' adozione non opera neanche la rivocazione delle donazioni fatte dall'adottante (2). D'altronde il figlio adottato non è nominato nel nostro articolo, nè doveva esserlo L' adozione è una finzione; procede dalla volontà dell'uomo, e non le si potrebbero attribuire de'dritti eccezionali, che derivano dalla natura del concepimento e del matrimonio (3).

1374. Non basta, che i figli sopravvenuti dopo la donazione in vita del donante o solamente dopo della sua morte sieno legittimi o legittimati; bisogna ancora, che sieno nati vitali; perchè *qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur* (4).

Quello, che a tal riguardo qui sopra (5) abbiamo detto , ci permetterà di essere qui brevissimi. Ci limiteremo a ricordare, che la vitalità si costituisce di due elementi, nascita a tempo e costituzione perfetta; il che i Giureconsulti spiegano con queste parole : *maturus, perfecte natus*. In quel che concerne il tempo l'art. 312 del Codice Napoleone (a) dichiara, che un figlio nato il centottantesimo giorno è capace di vitalità; in quello, che concerne la perfezione degli organi, che mantengono la vita, bisogna, che il figlio *vivus totus procedat*, che sia animato da uno spirito vitale, che si manifesti di una maniera non equivoca, perciocchè un movimento di palpitazione, che altro non fosse, che l'ultimo soffio di una esistenza già finita nel momento in cui il fanciullo comparisce alla luce, non sarebbe un indizio di vitabilità (6).

1375. Si deve applicare qui quello, che più sopra abbiamo detto del figlio venuto al mondo per seguito dell'operazione cesarea (7) o del parto mostruoso (8).

1376. La rivocazione avrebbe anche luogo, quantunque il figlio nato dopo della donazione, fosse conceputo prima. Dapoichè se il fanciullo conceputo è assimilato al fanciullo nato, questo accade come dice Cujacio (9) solamente *cum de commodis suis agitur*. Epperò non si può rivolgere contro di lui un favore della legge. Inoltre il padre può ignorare il concepimento, e tutti sanno, che unicamente dopo che un figlio è nato, un padre sente tutta la felicità di possederlo (10).

1377. I figli, che nascono dopochè il loro padre ha fatto una donazione, ne operano la rivocazione, quando avevano già de' fratelli esistenti nel momento della donazione?

Tale quistione non può ricevere, che una soluzione negativa ; nel premesso caso il motivo, che ha eccitato la previdenza della legge, non esiste, e poichè il padre aveva de' figli in tempo della donazione, si può opporre agli ultimi nati la irrecettibilità *cogitatum est de liberis*. Allora è certo, che il donante ha preferito il donatario a' suoi figli esistenti: e per quale motivo non l'avrebbe preferito a de' figli da nascere, pe' quali non si poteva sentir preso da verun sentimento di paterna affezione ? L' art. 960 esige come condizione essenziale, che il donante non abbia avuto *figli attualmente viventi nel momento della donazione:* la legge *Si unquam* diceva pure: *filios non habens* (11).

1378. *Quid* se il donante avesse avuto un figlio assente, che credè morto, e se fosse provato aver egli fatta la donazione unicamente per la falsa opinione della di lui morte? Il ritorno del figlio assente opera la rivocazione della donazione? L'affermativa era generalmente adot-

(1) *Sopra*, n. 1369. Despeisses, t. 1 , p. 465. Tiraquello sulla legge *Si unquam*, su questa parola : *Susceperit liberos*, n. ..6.

(2) Despeisses , *luoc. cit*. Ma dà delle cattive ragioni.

(3) Cassaz., ricorsi, 2 febbraio 1852 (*Dritto* n. de'13 marzo 1852). Questo arresto è benissimo motivato. Rigetta un ricorso prodotto contra un arresto di Rouen.

(4) L. 129, D., *De verb. signif.*

(5) N. 601 e seg.

(a) Art. 234 delle leggi civili. *Il tradut.*

(6) *Aggiungi* Furgole sull'art. 39 dell'ord. del 1731. Louet e Brodeau, lettera *E*, somm. 5. Tirsquello sulla legge *Si unquam*, n. 205.

(7) N. 604.

(8) N. 605.

(9) *Sopra*, n. 599.

(10) Art, 40 dell'ord. del 1731. *Infra*, art. 961. Questo punto era molto controverso prima dell'ordinanza del 1731.

(11) Nondimeno questa quistione è stata controvertita. V. Fabro, C., tit. *De revoc. donat.*, def. 8.

Digitized by Google

tata nell'antica giurisprudenza (1), e dev'esserla enche al dì d'oggi, sì ehe la donazione soccumbe, se non per l'ert. 960, almeno perchè è fondeta su di une falsa causa, che ha sviata la volontà del donante, e gli he fatto fare, quello, che non avrebba fatto (2).

1379. Golthier, le cui opinione è seguite da Grenier, pensa (3), cbe il donante sarebbe riputato senza figli, se in tempo della donazione avesse un figlio legittimo, cbe fosse morto civilmente, e divenuto incapace di succedere. Secondo questi giureconsulti la donazione fatta dal padre serebbe rivoeata della nascita di un altro figlio posteriore alla donezione. Il Sig. Toullier non adotta questa fevorevole interpretazione (4). Non pertanto si è ben tentato di adottare in simile caso questi equi insegnamenti del dritto romeno: *Non possunt omnes articuli sigillatim aut legibus aut senatusconsultis comprehendi: sed quum in aliqua causa sententia eorum manifesta sit, is qui jurisdictioni preest, ad similia procedere, atque ita jus dicere debet* (5). *Nam ut ait Pedius, quoties lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est, caetera, quae tendunt ad eamdem utilitatem, vel interpretatione, vel certe jurisdictione supplere* (6). Inclino dunque verso la rivocazione perchè mi penetro della intenzione del pedre, che ha donato a de'terzi solamente perchè nel momento della donazione la voce della natura non poteva essere da lui sentita (7).

1380. Una quistione più difficile è quella di sapere, se le nascite di un figlio legittimo fa svenire la donazione fatta in un'epoca, nelle quale il donante aveve un figlio naturale. Per risolverla bisogna distinguere due casi: o la donazione è stata fatta allo stesso figlio naturale, o è stata fatta ad un estraneo.

Il primo caso non è sfuggito alla sagacità degli antichi autori; ma se hanno risoluta la difficoltà contro il figlio naturale donatario (8), è stato perchè nell'antico diritto i bastardi erano odiosi, come frutti dell' incontinenza (9), e perchè il loro padre non poteva loro altro donare, che gli alimenti, e che le liberalità immoderate strappate alla debolezze del cuore paterno, erano sempre riducibili in quello, che li concerne, encbe a favore degli eredi collatereli od estranei (10).

E nondimeno Furgole riconosceva, che se si esaminave la quistione, sbarazzandosi dall'indegnità meritata da'bastardi, e penetrandosi, dello spirito della legge *Si unquam*, avrebbe essa potuto soffrire molte difficoltà.

Sotto il codice Napoleone i figli naturali non sono più trattati con tanta durezze, disfavore, e collera. Eglino hanno de' dritti di successione, ed enche una riserva. Per lo che non è più vietato di farli profittere del vero spirito della legge *Si unquam* e dell'art. 960 del Codice Napoleone.

Un nominato Biscuit aveva avuto una figlia naturale, e l'aveva maritata, costituendole in dote le sue cose di una rendita di diecimila franchi.

Più tardi Biscuit aveva contratto un matrimonio legittimo, e n'era nata una figlia.

Biscuit finì col divenire pazzo e cadere in fallita.

Dopo delle sua morte la sue figlia legittima conoscendo, che sua sorella naturale aveva de' dritti risultanti della sue nascita, ma trovando, che suo padre l'aveva trattata con eccessivo favore, esercitò l'azione di riduzione. Non fu lo stesso da parte de' creditori di Biscuit, i quali sostennero, doversi rivocare per lo intiero la donazione di 10,000 franchi di rendita, perchè nell'epoca della donazione Biscuit non aveva figli legittimi, e ebe glien' erano sopravvenuti dopo della donazione. Del resto questi creditori erano posteriori alla donazione.

Da ciò si vede quello, che vi era di singolare nelle situazione. L'art. 960, stabilito nell'interesse del figlio legittimo, non era invocato dal figlio legittimo, il quale si contentave della riduzione, egli solo dovendone profittare. L'art. 960 invece era invocato da' creditori, strenieri alla famiglia, e latori di titoli, ai quali la donazione enteriore non aveva receto pregiudizio.

Ma non era semplicemente questa la parte debole della pretensione de' creditori; vi era pure la circostanza, che la donazione era fatta non ad un estraneo, ma ad un figlio naturale del donente, riconosciuto da lui e maritato; ora un figlio naturale ha de' dritti sulle successione di suo padre, vi ha una riserva (11). Le eccessive severità dell'antico dritto sono state raddolcite, ed il figlio naturale, sebbene inferiore al legittimo, non è abbandonato all'elemosina alimontaria del padre e della famiglia. Nel dotarlo il padre non fa, ehe adempire ad un dovere naturale, nè fa più di un'anticipazione di eredità. Lungi dall'urtare i sen-

(1) Tiraquello su queste parole: *Filios non habent*. n. 15, 16, 17. Furgole quist. 19. Pothier, introd., alla *Consuetud. d'Orleans*, l. XV, n. 100. La Reuviere, c. 12. Grenier, *Donaz.*, n. 183. Tutti questi pareri sone conformi a ciò che dice Angelo in uno de'suoi consigli, ch'è la stessa cosa il non aver figli o di averli, e non saperlo, *Cons.* 108. *Contra*, Toullier, n. 299.

(2) Argom. delle leggi 23, D., *De inoff. test.* (Paolo) e l. ult., D., *De haered. instit.* (id.).

(3) *Luoc. cit.*

(4) T. V, n. 300.

(5) L. 12, D., *De legib.*

(6) L. 13, D., *De legib.*

(7) Bayle-Mouillard *su Grenier*, t. II, p. 145, 146, 147.

(8) Furgole, quest. 18. Maynard, lib. 4, cap. 13, Carondas, rep. 4, 9.

(9) Furgole, *luoc. cit.* n. 8 e 9.

(10) Id.

(11) Art. 757, 758, 760, 908.

timenti della natura, vi si conforma, e soltanto la sua donazione è soggetta alla collazione o alla riduzione. Ma come sarebbe soggetta a rivocazione? Forse anche quando il padre ha de'figli legittimi, non ha dei doveri precisi da adempiere verso i suoi figli naturali? Forse è egli repreasibile quando adempie questi doveri, come deve farlo un uomo di onore ed un uomo di cuore? Vi può essere luogo forse a ripetizione, quando si tratta dell'adempimento di un'obbligazione naturale? Altra volta i più rigidi autori tenevano per certo, che le donazioni fatte dal padre al figlio illegittimo per alimenti non erano soggette a rivocazione, perchè il padre non faceva dippiù dell'adempire ad un'obbligazione (1). Al dì d'oggi questa idea dev'essere estesa ad ogni donazione, perchè desse sono unicamente un pagamento anticipato de' dritti successori, incontrastabili ed assicurati. L'art. 960 non è dunque scritto per rovesciare le donazioni fatte ad un figlio naturale; lo si ripete, come figlio naturale, ha dei dritti, e l'artic. 960 si occupa semplicemente delle donazioni fatte agli estranei senza dritti necessari.

Il che è stato molto bene giudicato dalla Corte di Cassazione con arresto della camera dei ricorsi de' 10 di Luglio 1844, al quale sono concorso, e ch'è motivato sotto il suo vero aspetto con delle irresistibili considerazioni (2). Non bisogna generalizzare quest'arresto, estendendolo fuori del suo caso. Nel suo ordine d'idee è eccellente, ma trasportato in un'altra sfera, mancherebbe di applicazione (3).

1381. Ma supponiamo ora, che la donazione invece di essere fatta all'istesso figlio naturale, sia fatta ad un estraneo. Il donante si marita ulteriormente, ed ha un figlio legittimo. La sopravvenienza di questo figlio farà svanire la donazione?

Sotto l'impero dell'antica giurisprudenza, questa quistione non poteva essere dubbia, e se ne sono vedute qui sopra le ragioni (4) Il bastardo a causa della sua indegnità e del suo disfavore non era considerato atto a poter suscitare nel cuor del padre i sentimenti di profond'affezione e di conservazione, che accompagnano la paternità legittima. Ciò era così vero, che quando suo padre lo legittimava per susseguente matrimonio, la sola legittimazione poteva fare crollare le donazioni fatte tra l'epoca della nascita e quella della legittimazione, cosicchè il figlio non contava per qualche cosa, se non dal giorno della legittimazione. In quanto alla sua nascita naturale non aveva influenza sulle donazioni fatte posteriormente, nè veniva considerata di esercitare sul cuore del donante sufficiente impero per potersi dire di quest'ultimo: *Cogitatum est de liberis*. Siegue da queste idee, che la nascita di un figlio legittimo (possente per lo meno quanto la legittimazione, che n'era soltanto un'imitazione) doveva operare la rivocazione delle donazioni anteriori, fatte da un'uomo, che non aveva, che de' figli naturali. Ed in questo senso appunto gli autori si pronunziavano (5) « I soli figli legittimi, diceva Pothier, « sono riguardati come figli, e chiamati ai « beni del loro padre. Il perchè la donazione « non sarà meno soggetta a rivocazione per « sopravvenienza di figli, benchè il donante le avesse de' bastardi in tempo della donazione. »

Ma sotto il codice Napoleone può essere lo stesso? Abbiamo qui sopra dimostrato avere il codice Napoleone accordato alla esistenza del figlio naturale molta maggiore autorità dell'antico dritto (6); prender esso in grande considerazione l'affezione del padre pel suo figlio naturale, ed essere tale affezione assai potente ai suoi occhi per fargli supporre, che essa frenerà il padre nella via delle liberalità irriflettute (7). Non sono queste considerazioni sufficienti per risolvere la quistione nel senso della conservazione della donazione? (8) Rimarcate bene, che non si tratta qui di un semplice bastardo, che non si fa palese, ma di un figlio, che il padre ha riconosciuto, cui ha dato il suo nome, cui è presunto volere fornire i mezzi di portarlo onorevolmente; di un figlio, che per questa identità di nome, si lega a lui profondamente, ed è la continuazione di sè stesso. D'altronde come si può dire, che colui, che ha un figlio naturale riconosciuto, ha ignorato la tenerezza paterna? Forse questo figlio non è stato un obietto di sollecitudine? Forse suo padre non ha saputo, che vi era nel suo patrimonio una riserva per lui? Forse non ha dovuto pensare al suo stabilimento, al suo avvenire, forse pure alla sua legittimazione? Forse tutte queste preoccupazioni così naturali non obbligano a dire: *Cogitatum est de liberis*?

Aggiungiamo, che l'art. 960 nel parlare del padre, che non ha figli, non ha distinto il figlio legittimo dal figlio naturale; non ha detto, non doversi la sua disposizione applicare, che al solo padre, che ha dei figli legittimi. Da un altro lato quando l'art. 960 vuole, che

(1) Furgole, *luog. cit.*, n. 14, e Maynard. Egli cita un arresto.

(2) Devill., 44, 1. 506; Dalloz. 44, 1, 237; Palazzo, 44. 2, 326.

(3) V. per provarlo, l'arresto della corte di Parigi, che conferma (Devill., 44, 2, 49 a 50.

(4) N. 1371.

(5) Pothier, *Donaz. tra vivi*, sez. 3, art. 2, § 2.

(6) N. 1371.

(7) V. ancora Furgole nel luogo citato, n. 1371, e quest. 18, n. 29. « Il padre, egli dice, è presunto di « avere un amore così forte pei figli naturali come pei « suoi figli legittimi ».

(8) Il sig. Pont, *Rivista di Legislazione*, 1844, p. 624. *Contra*, Conclus. del sig. Herbert, procuratore generale a Parigi (Devill., 44, 2, 49). Duranton, t. VIII, n. 875, Bayle-Mouillard, t. II, p. 140.

Digitized by Google

la legittimità diviene una condizione essenziale da considerarsi, egli lo dichiara espressamente, come si vede pel resto dell' articolo, che lega la rivocazione solamente alla sopravvenienza di un figlio legittimo.

Si teme, che questo modo d' interpretare lo articolo 960 non tenda a mettere su di un piede di eguaglianza i figli naturali ed i legittimi: *Ne plus prodeat luxuria quam castitas*, come diceva Dumoulin (1) Ciò è spingere le cose troppo lontane; vi saran sempre delle differenze tra il figlio nato da un matrimonio legittimo e colui, che è nato *ex vili concubina*, per servirci dei termini dello stesso autore (2). Sì, sotto il rapporto della dignità la legge, i costumi, la decenza pubblica serberanno delle costanti barriere ed un' ineguaglianza favorevole al matrimonio. Ma qui si tratta di un'altra cosa; si tratta dell' affezione del padre pei suoi figli, ed è certo, che avuto riguardo al sentimento, il solo qui da considerarsi, la natura parla un linguaggio egualmente affettuoso per tutti i figli senza distinzione. Non vi ha nulla di contrario all' onestà nel dire relativamente a colui, che ha un figlio naturale che ha voluto riconoscere per assicurargli dei dritti: *Cogitatum est de liberis!* Bisogna quindi supporre, che se ha donato ad un estraneo è stato con cognizione di causa, e la sua donazione non è fondata sulla ignoranza di una affezione, che se avesse conosciuto, avrebbe refrenata la sua liberalità.

Rimarcate d'altronde che il figlio legittimo, che sopravviene, ha per lui l' azione di riduzione; che in principio le donazioni sono irrevocabili, e che è pericoloso di rivocarle fuori dei casi espressamente preveduti dalla legge(3).

1382. Passiamo ora ad un' altra quistione. Consiste essa nel sapere, se il figlio nato da un matrimonio nullo per l' incapacità di uno dei contraenti, e legittimato per la buona fede dell' altro, da luogo alla rivocazione della donazione (4). Gli autori più versati in questa materia la risolvono per la buona o cattiva fede del donante. Se il donante è nella buona fede, quando si marita, la nascita di un figlio fa svanire la donazione, ma se è in cattiva fede, la donazione sussisterà, perchè non potrebbe tirare partito dal suo misfatto (5). È vero, che l' interesse dei figli, è il motivo principale, che ha fatto stabilire la rivocazione, ma non si può dire, che i beni donati ritornano a loro: *Totum quidquid revertatur in ejusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum*, dice la legge *Si unquam*. Il padre, che ha ricuperato i beni, può disporne ad arbitrio; può venderli, dissiparli in pregiudizio dei figli, che li hanno fatto rientrare nelle sue mani. Egli ne profitta in prim' ordine, perchè lui solo la legge restituisce in intiero contro la falsa situazione, ove era in tempo della donazione (6).

D' altronde la legittimità dei figli non è altro, che un favore accordato contro il rigore del dritto, e non può pregiudicare a dei dritti acquistati.

Osservate, che gli articoli 201 e 202 del codice Napoleone (a), relativi ai matrimoni putativi, non dicono, che il figlio è reso legittimo per la buona fede di uno dei coniugi, ma dicono solamente, che il matrimonio produce gli effetti civili in favore del coniuge di buona fede e dei figli. Per lo che non si può classificare questi figli tra i figli legittimi, di cui parla l' art. 960. Da un altro lato il matrimonio non dovendo produrre effetti a favore dello sposo di cattiva fede (7), su di che si fonderebbe per esercitare l' azione di rivocazione, che appartiene unicamente a lui? (8) Potrebbe egli prevalersi di un matrimonio, che è il frutto del suo dolo, e di una nascita, che relativamente a lui è infetta di un vizio di bastardia. In una parola la quistione si riduce a questo nei suoi più semplici termini: la condizione della sopravvenienza di un figlio legittimo è oppur no adempita? Al che bisogna rispondere per la negativa, poichè un uomo che per la sua frode ha fatto un matrimonio nullo, un uomo, che in realtà non è maritato, non potrebbe avere un figlio legittimo. Se suo figlio gode degli effetti civili del matrimonio, è questa una eccezione attribuita alla sola buona fede, ma che non cambia la situazione dell'autore del misfatto (9).

1383. Con più forte ragione il donatario, contro del quale si eserciterebbe l' azione di rivocazione, sarebbe autorizzato a respingere una falsa filiazione legittima, che nascondesse la sua usurpazione sotto colorate apparenze.

Si è veduto un donante cercare i mezzi di rivocare la donazione col fare apparire per

(1) Sul consiglio 366 di Decio.

(2) *De donat in contract. mat. fact.*, n. 83.

(3) Ho conservato le mie note sull'arresto de' 10 di luglio 1844. Il sig. Delangle, allora avvocato generale, concluse nel senso della non rivocazione, dando all'art. 960 l'interpretazione di dritto che noi gli diamo. Tuttavia un arresto di Douai de' 7 di giugno 1850 (Devill., 50, 2, 402) consacrò l'opinione della rivocazione.

(4) Furgole, quist. 17.

(5) Art. 202 C. Nap (*).

(6) Furgole, *luoc. cit.* Pothier, *Orleans*, tit. *tit.* 15, n. 104. Grenier, t. II, n. 191; Toullier, t. V, n. 302 Dalloz, *Dispos. tra vivi*, p. 393, n. 14; Bayle-Mouillard *su Grenier*, *luoc. cit.*

(a) Articoli 191 e 192 delle Leggi civili.

Il traduttore.

(7) Art. 201 e 202 (**).

(8) Furgole, *luoc cit.*, e quest. 16, n. 10, 11, 12.

(9) Delvincourt, t. II, nota 2, p. 80, e Duranton, t. VIII, n. 586, pensano che l'azione esiste a favore dei figli: è un errore. Furgole quest. 16, n. 10, 11, 12. Guillon, n. 775, e Vazeille, n. 9, pensano che il donante di cattiva fede può intentare l' azione.

(*) Art. 192 delle Leggi civili. *Il trad.*

(**) Art. 191 e 192 delle Leggi civili. *Il trad.*

Digitized by Google

via di soppressione di stato e supposizione di parto una nascita simulata.

Il donatario può essere ammesso a provare questa frode, e gli si opporrebbe invano, che ciò sarebbe un ammettere il terzo a contestare lo stato di un figlio, dapoichè è ammetterlo semplicemente a contestare la rivocazione della donazione, ammetterlo a difendere il suo dritto di proprietà contro degli atti fraudolenti, ammetterlo a quanto è di legittima difesa e di diritto naturale (1).

1384. Ora bisogna vedere quali donazioni sono rivocabili per causa di sopravvenienza di figlio.

Altrevolte molte quistioni erano state su questo punto agitate, e gli autori ne davano delle soluzioni diverse.

Per esempio la causa pia si era arrogata una moltitudine di privilegi enumerati da Tiraquello nel suo famoso trattato *De privilegiis, causae piae*, e questo favore, che gli si accordava, faceva, che taluni autori, e tra gli altri Fachin (2), pensavano, che le donazioni alla Chiesa erano esenti dalla legge *Si unquam*. Ma i nostri migliori giureconsulti, Dumoulin, Papoa, Ricard, Furgola ed altri avevano respiata questa pretensione oltramontana, sino al punto, ch' egli era caduto in discredito (3).

1385. Si era pure agitata la quistione di sapere, se la donazione a causa di morte era rivocata dalla sopravvenienza di figli, quistione molto più grave della precedente. Tiraquelln (4) Coquilla (5), Mantica (6) e Gotofredo (7) avevano opinato per l' affermativa, pensando, che la donazione a causa di morte essendo rivocabile di sua natura, era meno favorevole della donazione tra vivi, che è irrevocabile; che d' altronde il motivo della legge *Si unquam* non era meno applicabile alle donazioni a causa di morte, che alle donazioni tra vivi. Ma Cujacio (8) Ferrières, (9), Ricard (10) e Furgole (11) insegnavano per contrario, che la legge *Si unquam* parlava solo delle donazioni tra vivi; che poichè questo genere di liberalità era irrevocabile, era bisognato necessariamente un testo della legge per operare la rivocazione, ma che ciò era inutile per la donazione a causa di morte, essenzialmente rivocabile; che per conseguenza il donante non rivocandola, la donazione aussisteva ; che in fine secondo le leggi 15, § 1 e 37, *De mortis causa donat.* le donazioni a causa di morte si rivocano nell' istesso modo dei legati, cui sono equiparate (12). Ora secondo l'autentica *Ex causa*, C., *De liberis praeteritis* la nascita di un figlio lascia sussistere i legati contenuti nel testamento.

1386. Non si era neppure di accordo sulla rivocazione delle donazioni reciproche, o rimuneratorie, o con pesi per la legge *Si unquam* ; sull' applicazione di questa legge alle rinunzie ad un dritto, o ad una eredità, alle remissioni di debiti, alle donazioni in favore del matrimonio ecc. Da che si vede quante difficoltà assediavano la materia della rivocazione per sopravvenienza di figli.

1387. L' art. 39 dell' ordinanza del 1731 tagliò nel vivo tutte queste discussioni, e riformò sopra molti punti le più accreditate opinioni, sottoponendo alla rivocazione tutte le donazioni di qualunque natura, a qualsivoglia titolo fossero fatte, anche reciproche o rimuneratorie, e di qualunque valore potessero essere (13). Il codice Napoleone copia con piccola varietà questa disposizione, ed il suo scopo è del pari tutto favorevole alla causa dei figli. Nondimeno ne diremo qualche cosa a fine di togliere tutti i dubbi.

1388. E dapprima parliamo delle donazioni a causa di matrimonio. Le donazioni di questo genere fatte dagli estranei non sono state mai considerate, dopo Dumoulin (14) come affrancate dalla rivocazione. Qui si presenta la presunzione della legge come in tutte le altre donazioni, ed il gran favore del matrimonio non ha potuto fare escludere questa presunzione (15).

Ma il nostro articolo eccettua dalla rivocazione le donazioni fatte da un coniuge all' altro, perchè queste donazioni sono fatte per favorire il matrimonio, e conseguentemente con uno spirito di previdenza pa' figli, che ne perverranno. Allora si può dire del donante. *De liberis cogitavit.* Dumoulin aveva pensato il contrario, ma la sua opinione era isolata, e la Rouvière va sino a tassarla di acciecamen-

(1) Bordeaux , 8 luglio 1847 (Devill. , 48 , 2, 727).
(2) 3, cont. 86.
(3) Furgolo, quest. 13.
(4) Sulla leggo *Si unquam*, sopra queste parole: *Donatione largitus*, n. 246 e 249.
(5) *Sul Nivernese*, *Della donat.*, art. ult. , e quest. 292.
(6) *De conject. ult. vol.* XII, 7, 9.
(7) Sulla leggo *Si unquam*.
(8) Sul tit. del Cod., *De donat.* e osserv. 20, 5.
(9) *Sopra Parigi*, t. III, p. 1128.
(10) Part. 3, n. 618.
(11) Quest. 12. Tratta la quistione dottissimamente.
(12) Giustiniano, *Instit.*, *De donat*, § 1.
(13) Secondo Cujacio, 5, *observ.* V. Furgole ha trattato la quistione, *quest.* 15.
(14) Diciamo dopo Dumoulin, perchè prima di lui si seguiva l' opinione contraria. Ma questo grande Giureconsulto avendo sostenuto una causa contro suo fratello per dimandare la rivocazione per sopravvenienza di figli di una donazione , che gli era stata fatta per contratto di matrimonio , presentò la quistione sotto di un novello aspetto , ed il parlamento rivocò la donazione con arresto pronunziato in toga rossa. V. il suo trattato *Delle donaz. fact. in cont. mat.* L' arresto è del 1551 (Louet. lett. D. , somm. 52). Dopo la giurisprudenza divenne costante. Nondimeno Voet insegna la vecchia opinione, e combatte la nuova abbracciata da Fabro (*Ad Pand.* l. V, lib. 39, n. 34).
(15) Furgolo, *quest.* 11. La Rouvière, cap. 10.

to. L'ordinanza del 1731 faceva la stessa eccezione del nostro articolo (1).

1389. Questa eccezione è talmente generale, che la donazione fatta tra coniugi non è neppure rivocabile per la sopravvenienza di figli nati da un secondo matrimonio (2). Supponete, che Tizio doni una terra alla sua futura sposa per contratto di matrimonio. Ella muora senza figli, e non avendo stipulata la riversione nel caso di sopravvivenza, la terra passa agli eredi collaterali della sposa. Tizio si rimarita, e nascono più figli da questo secondo matrimonio: la nascita di questi figli non rivoca la donazione (3).

Nulladimeno si potrebbe inclinare a credere, che nel pensiero della ordinanza del 1731 e del codice Napoleone il legislatore ha eccettuato dalla rivocazione le donazioni, di cui si tratta, unicamente in pensando ai figli comuni (4). Questo però sarebbe un errore, perchè la donazione è stata fatta in circostanze, nelle quali il donante ha pensato ai figli, che potrebbe avere: *Cogitatum est de liberis*. Laonde il motivo della rivocazione manca qui dalla origine, e non si potrebbe rovesciare la donazione, fatta precisamente in vista dell'unione, dalla quale il donante spera dei figli.

1390. La seconda eccezione fatta dal nostro articolo alla rivocabilità per sopravvenienza di figli della donazione, anche per contratto di matrimonio è nel caso di donazione fatta per contratto di matrimonio da un ascendente ai coniugi.

Questa eccezione sembra inutile al primo colpo d'occhio, dapoichè sono rivocabili per sopravvenienza di figli le sole donazioni fatte da un individuo senza figli; ma non era soprabbondante nell'ordinanza del 1731, dalla quale è tratta. Ed in effetti nall'epoca, in cui questa ordinanza occupò il cancelliera d'Aguesseau, si era introdotta un'opinione, che aveva qualche credito nel foro; cioè che la donazione fatta da un padre al suo unico figlio, era rivocata dalla sopravvenienza di altri figli. Baldo sulla legge 1. C., *De inoff. donat.*, a Ripa ne erano i principali sostegni. Di là si era stato indotto ad esaminare, se quando un padre costituiva la più gran parte dei beni alla sua unica figlia nel maritarla, questa costituzione di dote era rivocata dalla sopravvenienza di altri figli. Il più ragionevole avviso si era, non esservi rivocazione possibile, ed era quello dei più famosi dottori (5), secondo i quali la donazione era semplicemente riducibile sino alla concorrenza della legittima dei figli nati posteriormente. Ma bastava, che vi fosse del dubbio, onde l'ordinanza del 1731 dovesse troncare la difficoltà, e per questo motivo vi si trova l'eccezione *de qua agitur*.

1391. La donazione sarebbe irrevocabile, anche quando l'ascendente avesse fatto la donazione a sua nuora col contratto di matrimonio, giacchè i termini del nostro articolo tolgono ogni specie di dubbio a tal riguardo (6).

1392. Veniamo alle donazioni reciproche. Abbiamo avuto occasione di toccare qui sopra questo genere di disposizione (7). Dal nostro articolo si vede, che il codice Napoleone le ha mantenute, benchè abbia soppresse le istituzioni reciproche per testamento (8). Cade a proposito di dirne qualche parola, facendo rimarcare, che tratteremo delle donazioni reciproche tra coniugi, comentando l'art. 1097 del codice, e che qui parliamo delle donazioni reciproche fatte da altre persone (9).

La donazione reciproca è quella, che due persone si fanno vicendevolmente col medesimo atto.

Può essere fatta puramente e semplicemente per avere luogo *statim*; ma il più sovente è accompagnata dalla condizione di sopravvivenza. Per esempio: « Vi dono la mia tenuta di Bocage, se mi sopravviverete, « e voi mi donate la vostra tenuta di *Merange*, « se vi sopravvivo. »

Ricard fa rimarcare con la più parte degli autori anteriori all'ordinanza del 1731 (10), essere questo un contratto irregolare *dout des*, una specie di permuta fatto con l'eventualità della sopravvivenza; le parti non avere avuto in veduta verun motivo di liberalità, ch'è l'anima della donazione; per contrario essere state indotte a contrarre dal desiderio di profittare l'uno in pregiudizio dell'altra, il che è del tutt'opposto alla donazione; infine essere piuttosto un patto aleatorio, che una liberalità (11).

Da queste considerazioni Ricard conchiude, che la qualificazione di donazione data all'atto delle parti, non può cambiarne il carattere, parchè non bisogna giudicare un atto dal nome, ma dalla sua sostanza e da' suoi effetti; che niente vieta, che la donazione reciproca

(1) « *Donatio etiam favore matrimonii, non proprii,* « *sed alieni facta revocatur ob supervenientium liberorum:* (Fabro C., *De revoc. donat, def.* 2).

(2) Cassaz., 29 messid. anno 11° (Devill., 1. 1, 834). quist. di drit. v. *Rivocaz. di donaz.*

(3) *Aggiungi*, Toullier t. V, n. 310. Duranton, t. VIII, n. 582. Bayle-Mouillard *su Grenier*, t. II, p. 172.

(4) Grenier, n. 199, prevalendosi dei passi di Furgole, quest. 49, n. 4, e di Prevot de la Jannes, t. II, n. 465. Ma questi passi sono semplicemente enunciativi.

(5) Cujacio sulla novella 92, cap. 1. V. La Rouviere, cap. 13.

(6) Cassaz. Ricorsi 30 giugno 1842 (Devill., 43, 1 539).

(7) *Sopra*, n. 1319.

(8) Art. 968 (a).

(9) *Infra*, n. 2682.

(10) V. quello che ho detto su di ciò in un rapporto alla corte di Cassazione (Devill., 43, 1. 117 e 118).

(11) *Donazione reciproca*, n. 2.

(a) Art. 893 delle leggi civili. *Il trad.*

non poss'aver luogo tra persone, cui è vietato di donare l'una all'altra; che l'insinuazione e le altre solennità particolari delle donazioni non vi sono richieste; che i limiti ed i scemamenti imposti alle donazioni non hanno luogo relativamente a questa sorte di donazioni reciproche; ch'essa non è soggetta a rivocazione per causa di sopravvenienza di figli; in una parola, che riceve le stesse leggi di un contratto oneroso. Il nostro autore si fortifica con l'autorità della glossa, di Tiraquello sulla legge *Si unquam* (1), di Dumolio (2) ecc.

Ma come (egli dice) le donazioni con pesi, benchè non soggette alle leggi sulle donazioni, vi si trovano legate in quel tanto, che la donazione sorpassa il peso, così in quello, che concerne la donazione reciproca, siccome l'eventualità reciproca ed uguale le vieta di essere una vera donazione, ne siegue, che s'è ineguale, e che il vantaggio e la speranza siano più ampie da un lato che dall'altro, quello, ch'eccede, non può passare, che per una vera liberalità (3).

Così Ricard pensa, che una donazione reciproca fatta da un vecchio ad un giovine pel sopravvivente de'due è una vera donazione, soggetta come tale a tutte le regole delle donazioni ordinarie (4). Tal'era, lo ripeto, il punto di veduta dominante dell'antico dritto.

Ma si scorge a bella prima che la valutazione di questa eventualità può divenire estremamente arbitraria, e che la sola quistione di sapere, se un tal atto è una donazione o un semplice contratto è una sorgente di rovinose liti.

1393. Ciò indusse l'ordinanza del 1731 a riguardare queste sorti di atti sotto di un altro aspetto, ed un più serio esame la determinò a riguardare le donazioni reciproche come vere donazioni. Per lo che le sottopose a rivocazione per sopravvenienza di figli; ed in effetti non è possibile di disconvenire, che sebbene un individuo dona qualche cosa con la speranza di riceverne altrettanto, vi è sempre liberalità da parte sua. L'intenzione di gratificare esiste indipendentemente dal profitto, che ricaverà dal suo benefizio, imperocchè non è vietato di sperare il ritorno di un atto di generosità, ed anche di cercare di migliorare con delle liberalità la sua posizione ed il suo benessere (5). Guardatevi da presso, e vedrete, non essere vero, che la donazione reciproca sia una pura speculazione, come una permuta, una vendita; si falsifica il suo carattere, togliendole il pensiero di liberalità, che la domina (6); se ne fa un atto mercenario e venale, mentre che la prima causa n'è la mistura di due amicizie ed una reciprocanza di sentimenti affettuosi. Per lo che con ragione il Codice ha addottato la disposizione dell'Ordinanza del 1731. Le donazioni reciproche sono trattate come vere donazioni sotto il rapporto della forma (7), sotto il rapporto del rispetto dovuto alla riserva (8), ed esse non debbono sfuggire alla rivocazione per sopravvenienza di figli piucchè alla rivocazione per ingratitudine (9).

1394. Rimarchiamo qui, che vi è una differenza tra la donazione reciproca e la donazione con pesi, nella quale il donante stipula qualche cosa nel suo interesse.

Nella prima il donante non esige nulla dal donatario, e se diviene alla sua volta donatario, è per effetto di una nuova donazione, che non è affatto il peso della sua donazione, ma ch'è solamente un attestato di riconoscenza. Per verità ciascuno de'due donanti ha potuto essere stato mosso dalla speranza di questa vicendevole riconoscenza, ma niuno de'due l'esige come legge del suo dono; tutto è spontaneo e fatto *nullo jure cogente*.

Ma nella donazione con peso il donante impone un'obbligazione, dalla quale attende per lui un vero interesse, e con ciò dimostra, che se dona non è per puro spirito di liberalità, ma per procurarsi questo interesse, ch'è stata la sua causa finale.

1395. Ciò premesso, precisiamo l'influenza della rivocazione della donazione fatta dal donante, che non è restituito in intiero. Il Signor Grenier insegna (10), che quando la donazione è rivocata per sopravvenienza di figli, la rivocazione ha luogo soltanto a profitto del donante, che ha figli, ma che la donazione sussiste sempre in quel, che concerne l'altro donante, che non si trova in questo caso: « Dapoichè, « egli dice, la donazione si lega qui ad un av- « venimento e non ad un adempimento, che « possa produrre la invalidità dell'altra dona- « zione. Non si deve supporre, che quello « fra'donanti, cui non sopravvengono figli, non « avrebbe fatta la donazione, se avesse preve- « duto, che l'altro dovesse averne in seguito ». Il Signor Grenier si appoggia su Auzanet (11).

Questa decisione non è conforme a quella

(1) Tiraquello sulla legge *Si unquam*, v. *Donat largitus*.
(2) *Su Blois*, art. 169.
(3) N. 13.
(4) *Sopra*, n. 128.
(5) Si deve presumere, che l'amicizia, che ho pel « donatario, è il principale motivo, che mi ha in- « dotto a donare, comunque la speranza di profitta- « re di quello, che mi fa reciprocamente, vi entra « per qualche cosa; nel che queste donazioni diffe- « riscono da'contratti aleatorii, ed è per questo, che « esigono della gratitudine. » (Pothier, *Donaz.*, sez. 3, art. 3, § 3).
(6) Il mio rapporto precitato.
(7) Id.
(8) Id. *infra*, n. 2683.
(9) Id. Merlin, Quist. di dritto, v. *Contratto di matrimonio* § 2, e *Sostituz. fedecom.*, § 4. Repert., v. *Donaz.* p. 155.
(10) T. II, n. 187.
(11) *Sopra Parigi*, art. 230.

Digitized by Google

di Pothier, che vuole, che quello de' donatarî, che non ha figli, possa rivocare la sua donazione con l'azione, della quale qui sopra abbiamo parlato. *condictio causa data, causa non secuta* (1). Il signor Toullier adotta quest' avviso (2).

Questo punto non è esente da difficoltà. Nel senso del Signor Grenier in effetti si può dire, non essere possibile di prevalersi de' principî relativi alla condizione *causâ data, causa non secuta*, se non in quanto il peso è finale; ma che qui la donazione reciproca fatta al primo donante dal suo donatario non è la causa finale della prima donazione; ch' essa n' è semplicemente la causa impulsiva; che la vera causa finale è il desiderio di gratificare; che se l'equivalente della donazione fosse la causa finale, non vi sarebbe più donazione, ma permuta, affare di commercio. *negotium gestum*, come dice la legge 58, D., *De don. inter vir. et uxor.* Che solo per abuso e per errore la legge l'avrebbe annoverata nella classe delle donazioni tra vivi; che bisognerebbe restituirle il suo posto ne' contratti onerosi, e non sottoporla a rivocazione per sopravvenienza di figli (3).

Ma per quanto gravi siano queste obiezioni, si può rispondere con vantaggio, che anche ammettendo, che il desiderio di gratificare sia stato il fondamento della donazione, esso vi si è combinato con certi ordinamenti e certe eventualità, che con la rivocazione cessano di esistere; che le cose non sono più intiere; che la doppia incertezza, sulla quale la liberalità riposava, non esiste più, che in parte; e che nel luogo d'una donazione reciproca, vi è semplicemente una donazione unilaterale, che non è stata nel primitivo pensiero delle parti, e che è qualche cosa affatto differente; che cancellare la reciprocanza di un atto, che ne ha il titolo e l'essenza, è rovesciare quell'o, ch'è stato fatto e ridurlo *ad non esse*. Per verità si è veduto qui sopra (4), over noi scisso il dono reciproco nel caso di rivocazione per ingratitudine, ma oltrechè nella specie attuale ci rifiutiamo ad una divisione. Ma in ciò non vi è contradizione. L'ingrato ha commesso un delitto, e bisogna, che sia punito; nè può dolersi d'una divisione, che si è attirata per sua colpa. Qui è non cosa del tutto diversa; le parti sono del pari irreprovevoli, e se la reciprocanza diviene impossibile, bisogna, che l'atto svanisca per tutti due.

1396. Le donazioni con peso non sono esenti dalla rivocazione per sopravvenienza di figli più delle donazioni reciproche. Ma dev'essere beninteso, che questa rivocazione non ha luogo, se non quando i pesi non tolgono all'atto il suo carattere di liberalità, perocchè se rappresentassero il valore e l'emolumento della cosa donata, bisognerebbe piuttosto trattarle come contratti onerosi (5).

Così una donazione mercè una rendita vitalizia sarà talvolta rivocabile, talvolta irrevocabile secondochè la rendita sarà inferiore o superiore, che offrirà un benefizio pel donante o un'eventualità pericolosa per lui. Sono queste delle idee, che si riassumono in poche parole in un libro, ma occupano molto tempo nella pratica del foro a causa dei fatti, che bisogna dilucidare.

1397 Le donazioni rimuneratorie non sfuggono a la rivocazione per sopravvenienza di figli (6). Il Codice imitando in ciò l'ordinanza del 1731, ha esclusa le sottigliezze degl'interpreti. È partito da un principio fisso, ch'è, che la donazione rimuneratoria essendo fatta *nullo jure congente*, è una vera liberalità, e che per conseguenza deve subire la sorte delle altre donazioni (7).

Questo però non è vero, che in quando non si metteranno nella classe delle donazioni rimuneratorie i pagamenti fatti da un individuo, cho ha ricevuto de' servigi, per la soddisfazione dei quali si aveva un'azione contra di lui. Questa non sarebbe una donazione, ma una donazione *in solutum*, perciocchè ha luogo la donazione solamente quando vi è spontaneità.

1398. Occupiamoci degli effetti della sopravvenienza de' figli relativamente alle rimessioni di debiti ed alle rinunzie o de' dritti acquistati.

Quando queste rimessioni e rinunzie hanno luogo in seguito di transazioni su liti, per contratto di accordo tra debitori e creditori, ecc.; non sono soggette alla rivocazione per sopravvenienza di figli, dapoichè è chiaro, non essere queste delle donazioni. Ma se hanno per principio uno spirito di liberalità, il nostro articolo le colpisce. Il che è stato giudicato dal celebre arresto del Parlamento di Parigi del 1551 reso a favore di Dumoulin contra suo fratello Ferry Donmoulin. Dumoulin, allora senza figli, aveva rinunziato in favore del matrimonio di suo fratello a tutt'i suoi dritti successori così paterni che materni; ciocchè venne considerato come donazione e rivocato per la sopravvenienza de figli di Dumoulin secondo la legge 32, § 23, D., *De donat. inter vir. et uxor.* che dice: *Sive autem res fuit, quae donata est, sive obligatio remissa, potest dici donationem effectum habiturum* (8).

(1) *Donaz.*, sez. 3, art. 2, § 1. *Aggiungi* Ricard, *Donazione reciproca*, n. 17.
(2) T. V, n. 308.
(3) *Sopra*, n. 1319.
(4) N. 1319.
(5) Bordeaux, 10 aprile 1843 (Devill., 43, 2, 481). Douai, 11 novembre 1844 (Devill., 45, 2, 399). Parigi (1ª cam.), 1º aprile 1851, causa Dupont (*Gaz. des Trib.*, 2 aprile 1851).
(6) *Sopra* n. 1386, *in fine*, della nota.
(7) Furgole sull' art. 20 dell' ord. del 1731.
(8) Pothier, *Donaz. tra vivi*, sez. 3, art. 2, Duran-

1399. Se la rimessione del debito si fosse fatta senz'atto, e che nulla di meno fosse provato aver avuto luogo, *puta* per la rimessa del titolo, con intenzione di donare, sarà pure soggetta alla rivocazione.

1400. Ciò ci conduce a parlare delle donazioni occulte sotto la forma di contratti onerosi, le quali non accettuiamo dalla rivocazione, perciocchè sebbene per la scorza siano qualificate vendite, sono donazioni per la loro essenza (1).

1401. L'art. 1840 del Codice Napoleone (a) regola un genere di disposizioni, che la legge considera di pieno dritto come donazione occulta. Abbiamo stabilito nel nostro comentario della *Società* (2), esser esse colpite dalla sopravvenienza di un figlio.

1402. Infine il nostro articolo è talmente generale, che abbraccia tutte le donazioni di qualunque titolo e di qualunque valore siano. Nulladimeno la ragione dice assai, che de'modici doni, che degli amici si fanno tra loro manualmente, non sono passibili dello rivocaziono.

1403. In quanto alle donazioni testamentarie esamineremo nel nostro comentario dello art. 1046 se sono rivocabili per sopravvenienza di figli (3).

1404. Prima della ordinanza del 1731 i più considerevoli interpreti avevano deciso, la rivocazione per sopravvenienza di figli aver luogo di pieno dritto. Gotofredo sulla legge *Si unquam* diceva: *Ipso jure producitur, ita ut nullius hominis ministerio opus sit*. L'ordinanza del 1731 eresse in legge questa opinione, ed il codice Napoleone non ha fatto altro, che seguirla; ed in effetti verificandosi la condizione, riduce *ipso jure* la disposizione a mancare di causa (4).

Nella rivocazione per ingratitudine o per inadempimento di condizioni, il donante deve necessariamente manifestare con una domanda in giudizio la volontà di rientrare in quello, che ha donato, dapoichè questo genere di azione rivocatoria è stata unicamente introdotta nel suo solo interesse, e se egli serba il silenzio, la donazione sussiste. Ma quando si tratta della sopravvenienza di figli, è la legge, che rivoca, indipendentemente da tutto quello, che potrebbe omettere o trascurare il donante. Vegliа essa piuttosto nell' interesse dei figli, che nell' interesse del donante.

Adunque la rivocazione risulta dal fatto stesso della nascita. Quando il donante vuole profittare del benefizio della legge, non è obbligato di fare una dimanda in giudizio per spossessare il donatario, ma basta di notificarglisi con un atto in buona forma la nascita del figlio (5).

1405. Vi è dippiù, e secondo l'articolo 965 del codice Napoleone (b) il donante non può rinunziare all'azione di rivocazione in modo da pregiudicare al figlio da nascere.

1406. Ma è certo, che la donazione essendo rivocata, il donante può disporre a sua volontà dei beni ricuperati (6).

Questo punto risulta dallo stesso testo della legge *Si unquam*, che dichiara, che i beni rientrano in potere, *in ditione*, del donante, per lo che può alienarli a titolo oneroso o a titolo gratuito a sua volontà (7).

Ricard (8) avrebbe voluto, che si fossero legate le mani al donante per impedirgli di disporre gratuitamente a favore di estranei dei beni, che la legge ha fatto rientrare nel suo patrimonio per la sola considerazione dei figli, che gli sono sopravvenuti. Ma sarebbe stato un dubitare dell' affezione paterna, e questo voto di Ricard non è sensato, perchè attenta simultaneamente al dritto di proprietà ed alla patria potestà (9); ed inoltre è contrario all' interesse pubblico, che i beni siano colpiti d'indisponibilità nelle mani del padre di famiglia.

1407. Vi è una irrecettibilità più seria di quella, che si vorrebbe fare risultare dalla rinunzia del donante. Ecco come risulta dal concorso di più qualità e circostanze unite.

Un marito ed una moglie avevano fatta una donazione solidale ad un signore Albert. Il marito, divenuto vedovo, contrasse un secondo matrimonio, e ne ebbe dei figli, sì che la donazione si trovò rivocata in quanto lo concerneva. Ma bisogna sapere, che egli era il legatario universale della sua prima moglie, e che astretto dalle obbligazioni di questa, era obbligato in questa qualità di fare valere la donazione per intiera. Il che è stato giudicato da un arresto della corte di Rouen dei 5 di gennaio 1844 (10), e sul ricorso con arresto di rigetto della camera dei ricorsi dei 18 di decembre 1844 (11).

1408. Ci resta da dire una parola delle persone, alle quali appartiene l'azione di rivocazione. Giusta quello, che qui sopra si è detto, si comprende facilmente, che dopo del donante, il figlio ha qualità per esercitare l'azione

lon, t. VIII, n. 556. Toullier, t. V, n. 312. Zachariae, t. V, p. 361. Sulla causa di Dumoulin, v. qui sopra, n. 1338; e Louet, lettere *D. somm.* 52.

(1) La Rouvière ed i dottori citati da lui, cap. 28. Aff. Duport. Parigi (1ª camera), 1º aprile 1831. (*Gaz. de'Trib.*, 2 aprile 1831); Douai, 7 giugno 1850 (Devill., 50, 2, 402).

(a) Art. 1712, delle leggi civili. *Il tradut.*

(2) T. I, n. 309.

(3) *Infra*, n. 2206.

(4) Furgole, *quest.* 16, n. 9.

(5) *Infra*, art. 962.

(b) Art. 890 delle leggi civili. *Il tradut.*

(6) La Rouvière, cap. 42.

(7) V. l'art. 964.

(8) *Donaz.*, p. 3, n. 663.

(9) *Sopra*, n. 1382.

(10) Devill., 44, 2, 387.

(11) Id., 45, 1, 309.

di rivocazione, che suo padre avesse neglelta in sua vita, o alla quale avesse indoverosamente rinunziato (1). Ma il figlio non potrebbe esercitare in vita del donante l'azione rivocatoria, perchè riceve questa azione dalla sua qualità di erede, e non l'ha in suo proprio nome.

ARTICOLO 962 — (887)

La donazione resta simultaneamente rivocata, anche quando il donatario fosse entrato in possesso de' beni donati, e che vi fosse stato lasciato dal donante dopo la sopravvenienza del figlio; senzachè però il donatario sia tenuto di restituire i frutti da lui percepiti, di qualunque natura essi siano, se non dal giorno, in cui la nascita del figlio o la sua legittimazione per susseguente matrimonio gli sia stata notificata con intimazione o altro atto legale, e quando anche la dimanda per rientrare ne' beni donati fosse stata fatta posteriormente a questa notificazione (a).

SOMMARIO

1409. L'art. 962 è la conseguenza di questo principio, che la rivocazione della donazione per causa di sopravvenienza di figli opera di pieno dritto.
1410. Il donatario essendo presunto possessore di buona fede sin alla notificazione della causa di rivocazione, conserva i frutti percepiti sino a questo momento.
1411. Forma della notificazione. — La notificazione non potrebbe essere rimpiazzata da equipollente.
1412. Non vi è nulla di contrario a questa regola in un arresto della corte di cassazione, che giudica, che la nomina del donatario alla tutela del figlio ha potuto dispensare dal fare la notificazione.
1413. La dimanda può essere formata posteriormente alla notificazione.
1414. Il donatario evitto dev' essere forse indennizzato, se la donazione è stata fatta col peso di pagare una rendita vitalizia?
1415. Quando la cosa donata è passata nelle mani dei terzi possessori, occorre forse per la restituzione dei frutti d'istituirsi contro di loro una dimanda in giudizio?

COMENTARIO

1409. Il codice, che nell'articolo 960 ha stabilito il principio della rivocazione di pieno dritto per sopravvenienza di figli, ne fa qui un' applicazione. Esso dichiara, che ogni atto qualunque confermativo della donazione fatto dal donante posteriormente alla sopravvenienza dei figli, anche l'immessione in possesso del donatario e la tradizione della cosa donata non possono nuocere al dritto di rivocazione, acquistato *ipso jure* per lo stesso fatto della nascita. È lo stesso di ogni altro fatto di esecuzione o di ratifica.

1410. Ma benchè la donazione abbia luogo *ipso jure*, il donatario conserva i frutti sino al momento, in cui gli è stata fatta la notificazione della sopravvenienza dei figli o della legittimazione per susseguente matrimonio. È la ragione, si è, che sebbene la rivocazione abbia un effetto retroattivo sin al giorno della donazione (come lo vedremo nell'articolo seguente) questo effetto non si applica ai frutti, che sono sempre lasciati al possessore di buona fede, munito di titolo, per indennizzarlo dei lavori di coltura e di governo, *pro cultura et cura* (2). Il donatario gode da padre di famiglia di buona fede ed all'ombra del suo titolo sino a che la sua buona fede cessa per la conoscenza, che il donante gli dà, della nascita del figlio.

1411. Questa notificazione dev' essere fatta in buona forma (3), vale a dire sia per intimazione (4), sia per ogni altro atto giudiziario o stragiudiziale; una semplice conoscenza della nascita sarebbe insufficiente per costituire il donatario in mala-fede agli occhi della legge (5).

1412. Non bisogna considerare come contrario a questa proposizione un arresto della corte di cassazione dei 6 di novembre 1832, che ha giudicato, che la nomina del donatario alle funzioni di tutore del figlio, aveva dispensato dalla notifica prescritta dall'art. 962 (6). Ed in effetti è chiaro, che la funzione di tutore del figlio conferita al donatario impone a quest' ultimo la obbligazione di vegliare alla conservazione dei dritti del suo pupillo, e che chiamato a fare valere questi dritti, non aveva bisogno di fare a sè stesso una notificazione, cha la sua qualità rendeva inutile.

1413. Quando il donatario è stato costituito in mala fede con la notificazione dell' atto di nascita, la dimanda di rivocazione può venire più tardi, se egli non adempie. Questa dimanda comprenderà la restituzione della cosa donata coi frutti dal dì della notificazione dell'atto di nascita o dell' atto di legittimazione.

1414. Nel caso in cui la liberalità è una do-

(1) Cassaz., ricorsi, 6 novembre 1832 (Dalloz. 33, 1, 30).

(a) A quest'art. corrisponde uniformemente l'art. 887 delle leggi civili. *Il traduttore.*

(2) Instit., *De rer. divis.*

(3) Pothier, *sopra Orleans*, int. t. XV, n. 110.

(4) Testo dell' art. 962.

(5) Cassaz., (ricorsi) 2 aprile 1829, (Dalloz 29, 1, 207). Pothier, *Donaz.*, 3, 2, 4. Grenier n. 208.

(6) Dalloz, 33, 1, 30.

nazione fatta con peso di pagare al donante una rendita vitalizia, si dimanda se il donatario evitto deve essere indennizzato delle annualità, che ha pagato.

Per regola la liberalità non dev' essere onerosa al donatario, e la giustizia vuole, che egli non sia vittima di un contratto di beneficenza, nel quale è stato di buona fede. Dunque la regola si è, che il donatario non deve perdere.

Ma conoscere se egli ha perduto pel pagamento delle annualità è una quistione di fatto, lasciata all' arbitrio del Giudice.

Spessissimo le donazioni con peso di rendita vitalizia sono combinate di maniera da lasciarne l'ammontare della rendita in una cifra inferiore o uguale alla rendita netta dell'immobile. In questo caso il donatario non ha perduto nella donazione, e può avervi guadagnato.

Com'esempio di questa proposizione credo utile di citare la specie seguente, ch'è stato giudicata sotto la mia presidenza da un arresto della corte imperiale di Parigi del 1.° di Aprile 1851 (1).

Con atto de' 14 di Maggio 1829. il Signor Giov. Francesco Dupont aveva ceduto a' suoi fratelli mercè una rendita vitalizia di 7,500 franchi tutt'i dritti a lui ricaduti ne' beni di suo padre e sua madre.

Il 9 di Giugno 1848 Giovanni Francesco Dupont ebbe un figlio, del quale notificò la nascita a' suoi fratelli come quella, che doveva produrre la rivocazione dell'atto del 1829.

Costoro sostennero, che l'atto, di cui si trattava, era un atto a titolo oneroso, e che a tal titolo era affrancato dalla rivocazione per sopravvenienza di figli, ch'è applicabile alle sole donazioni. Ma la corte valutando le circostanze della causa, qualificò di una maniera tutta differente l'atto de' 14 di Maggio 1829, e dopo di avervi impresso il carattere di liberalità, regolò secondo l'aspetto, che or ora indicavamo, la sorte delle annualità scadute e da scadere.

« Considerando in dritto, che le sagge disposizioni della legge sulla rivocazione delle donazioni per sopravvenienza di figli sarebbero facilmente eluse, se le donazioni nascoste sotto la forma di contratti onerosi fossero affrancati dalla rivocazione pronunziata in una maniera generale ed assoluta dagli articoli 960 e 965 del codice Napoleone; che per determinare la natura e le conseguenze degli atti, bisogna meno considerare le loro apparenze ed i loro termini, che ciocchè le parti hanno voluto ed in realtà hanno fatto.

« Considerando, che nell' intenzione delle parti l'atto de' 14 di Maggio 1829 è un atto tra fratelli, che contiene una donazione di uno di loro, Giovanni Francesco Dupont, a due altri sotto la condizione accettata da costoro di assicurargli una onesta esistenza e di discaricarlo della cura dell'amministrazione de' suoi beni; che la forma di vendita data a questa donazione non le toglie il carattere reale di un abbandono gratuito, fatto in uno spirito di famiglia; che in effetti risulta da tutte le circostanze della causa, che Dupont il maggiore, che nel 1810 aveva l'età di 46 anni, ed aveva l'intenzione di restar celibe; la cui amministrazione poteva ispirare qualche inquietudine alla sua famiglia nel di lui interesse, cedendo ad un pensiero generoso ed al voto dei suoi parenti, ha voluto con l'atto de' 14 Maggio 1829 assicurare gratuitamente a' suoi fratelli, entrambi da lungo tempo maritati e padri di famiglia, la proprietà de' beni, che formavano la sua quota nella successione di suo padre e sua madre, sin d'allora abbandonati a' tre fratelli, riserbandosi per sè stesso, sua vita durante, il godimento di una rendita solamente uguale al prodotto della sua quota in questi beni; che abbandonando a' suoi fratelli dei valori realmente importanti, Giovanni Francesco Dupont non riceveva in cambio nulla da loro, i quali si obbligavano unicamente di restituirgli, sua vita durante, una rendita, alla quale egli aveva un dritto anteriore trasmessibile a' suoi eredi dopo di lui; che in conseguenza l'atto de' 14 maggio 1829 non contiene una cessione a titolo aleatorio, ma una donazione; che perciò le disposizioni dell'atto de' 14 Maggio 1829 sono state di dritto rivocate a' termini dell'articolo 960 del Codice Napoleone per la sopravvenienza di un figlio al donante ecc ».

« Vedute le disposizioni degli articoli 960, 962, 964, 966 del Codice Napoleone, annulla l'appello e quello, di cui è appello, in quanto la sentenza ha ricusato di pronunziare la rivocazione della donazione contenuta nell'atto de' 14 Maggio 1829.

« ..... Dichiara in conseguenza rivocata la donazione de' 14 Maggio 1829.

« ..... Ordina, che i detti beni e valori saranno restituiti da Antonio ed Oberto Dupont liberi da ogni peso ed ipoteca; che i frutti e gl'interessi degl'immobili e le somme da restituirsi da Oberto ed Antonio Dupont saranno corrisposti a Francesco Dupont da Antonio ed Oberto Dupont dal dì 7 Marzo 1849, giorno della notifica della nascita della figlia di Giovanni Francesco, giorno, nel quale debbono del pari arrestarsi le annualità della rendita vitalizia, che altra non era che la restituzione de' frutti e degl' interessi ceduti a' due fratelli; annualità di rendita, che se fossero state esatte dopo, dovrebbero compensarsi co'detti frutti ed interessi, rimanendo riserbati i dritti di Antonio ed Ober-

(1) *Gaz. de'Trib.*, n. del 2 aprile 1851.

« lo Dupont pel rimbosso delle spese, che a« vessero potuto fare utilmente pel donante su« gl'immobili da restituirsi ».

1415. Relativamente ai terzi detentori della cosa donata, la regola stabilita dal nostro articolo per la restituzione de' frutti subisce forse una modificazione? Secondo Pothier la sola notificazione non basta per costituirli possessori di cattiva fede, ma è necessaria una domanda in giudizio, e solamente dal giorno di questa domanda sono tenuti alla restituzione de' frutti (1). Molti moderni autori hanno adottato questa proposizione.

Io non la credo fondata sul Codice Napoleone (2). Perchè Pothier esige una dimanda in giudizio? Perchè nell'antico dritto una dimanda era indispensabile per fare cessare la buona fede del terzo detentore. Pothier è dunque nel suo punto di vista, quando esige un'altra cosa, che la semplice notificazione dell'atto di nascita.

Ma sotto l'impero del Codice Napoleone i principî non sono più gli stessi. Gli art. 549 e 550 del codice non esigono questa condizione (a). Quale si sia il mezzo, per lo quale il terzo possessore ha avuto conoscenza del vizio del suo titolo, cessa di fare suoi i frutti. Per lo che bisogna stare all'articolo 962 anche nell'interesse de' terzi possessori. Altrimenti nel volerli proteggere con gli art. 549 e 550 si esporrebbero ad una situazione più dura dello stesso donatario pel quale non basta una qualunque conoscenza, ma dev'essere avvertito con una notificazione in buona forma.

Diciamo dunque, che l'articolo 962 regola la situazione de' terzi possessori come quella del donatario.

Articolo 963 — (888).

I beni compresi nella donozione rivocata di pieno dritto rientreranno nel patrimonio del donante liberi da ogni peso ed ipoteca imposta dal donatario, senzachè possono restare affetti neppure sussidiariamente alla restituzione della doto della moglio di questo donatario, de' suoi dritti, ed altre convenzioni matrimoniali; il che avrà luogo anche quando la donazione sarà stata fatta in favore del matrimonio del donatario, ed inserita nel contratto, e che il donante si sia obbligato come fidejussore con la donazione all'esecuzione del contratto di matrimonio (b).

SOMMARIO

COMMENTARIO

1416. Quest'articolo non abbisogna di un lungo commentario. Esso trae le conseguenze della rivocazione, ed applica i principi relativi alla *condictio sine causa* (3).

Movendo di là, fa rientrare i beni liberi da ogni peso nelle mani del donante. La condizione della rivocazione per sopravvenienza di figli è una condizione, che affetta la donazione *ex causa peimaeva et antiqua*, ed alla quale il donatario ha dovuto sottoporsi indipendentemente da ogni convenzione. Il perchè non ha potuto per mezzo di alienazioni o d'ipoteche trasmettere ad altri maggiore dritto di quello, ch'egli stesso aveva. Ora il suo dritto trovandosi risoluto, quello de' suoi aventi causa lo è ugualmente per la massima triviale o forza di essere vera, *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*; se non che a causa della sua buona fede conserva i frutti sin'al giorno, in cui l'atto della nascita gli è stato notificato (4).

1417. Questa liberazione della cosa donata ha luogo indipendentemente da ogni clausola,

(1) Pothier. *Orleans.*, int. al tit. 15, n. 108, Grenier a. 208. Toullier t. V, n 321.

(2) *Zachariae* t. V, p. 373, nota 34.

(a) All'art. 549, corrisponde esattamente l'art. 474 delle Leggi civili, ma all'art. 550 corrisponde bensì il primo comma dell'art. 475 delle dette leggi civili, ma il secondo comma del detto articolo non è uniforme al secondo comma dell'articolo francese. Il secondo comma di quest'articolo dice: — « Appena ch'ei giunga co« noscerli, (i vizii del proprio titolo) la sua buona fede cessa. » Il secondo comma dell'art. delle nostre leggi civili contiene: « Cessa di essere possessore di buona « fede dal momento, in cui tali vizii sono a lui noti per « la dimanda del proprietario, anche in conciliazio« ne. » Si veda dunque, che il nostro Codice non si contenta per fare cessare la buona fede di una conoscenza qualunque, ma vuole una dimanda, almeno in conciliazione. Tale disposizione ripristina il disposto del dritto romano. — « Ex eo tempore (dice « la legge 2, C., *de fruct.*) ex quo re in judicium de« ducta, scientiam malae fidei possessionis accipit. »
Il tradut.

(b) A quest'articolo corrisponde l'art. 888 delle nostre leggi civili, se non che il nostro articolo vuole, che i beni donati o ritornati al donante per effetto della rivocazione rimanghino obbligati in sussidio per la restituzione della sola dote della moglie del donatario, esclusi gli altri dritti dipendenti da convenzioni nuziali. *Il tradut.*

(3) Pothier, *su Orleans* ibid., n. 109.

(4) Fabro, C., *De revoc. donat.*, def. 4.

con la quale il donante avesse potuto obbligarsi come cauzione o ad ogni altro titolo; ed ancorchè la donazione fosse stata fatta nell'unico scopo di favorire il matrimonio del donatario, e che la moglie di quest'ultimo abbia acquistato ipoteca legale sulle cose donate (1). Nulla di più formale dell'articolo 963, il quale del resto non è altro, che la giusta conseguenza degli articoli 960 e 962. Esso cancella tutte le stipulazioni, mercè le quali il donante si fosse legate le mani direttamente o indirettamente (2) (a).

(1) Furgole, *quest.* 11.
(2) Pothier, *luoc. cit.* n. 109.
(a) Abbiamo già detto, che l'art. 888 delle nostre Leggi Civili fa un' eccezione a questa regola a favore dell'ipoteca legale della moglie del donatario, però ristretta alla sola restituzione della dote, ed anche sussidiariamente.

Nel dritto romano la legge *Si unquam* da un caso particolare era stata applicata come regola generale; però non si era largo del pari nell'estenderne gli effetti sino a' terzi possessori o a' creditori che avessero acquistata ipoteca sui fondi donati Si osservava, che la rivocazione, per causa d'ingratitudine non nuoceva a' terzi possessori o a' creditori, comunque l'ingratitudine fosse un delitto del donatario, e che perciò sarebbe stato ingiusto ed iniquo rendere peggiore la condizione degli aventi causa del detto donatario, quando le rivocazione avveniva senza colpa dello stesso (*). — « Non tamen ante litem a donatore motam interim per donatarium alienata, sive vendita fuerint, sive donata sive permutata, sive in dotem data, sive ex alia quacumque causa translata. Sed et si non alienata, verum alteri pignori obligata fuerint, non nisi cum illo pignoris onere ad donantem ea redire, onusque luendi incumbere donanti, verius est. Cum enim haec ita se habeant, ubi ob ingratitudinem donatari donationis retractatio fit, ut supra probatum n.24, durum et iniquum foret, pleniore restitutione gravari donatarium, qui sine ulla culpa sua propter solum liberorum postea nascentium eventum reddere compellitur, quam qui in poenam criminis seu ingratitudinis, in donantem admissae, se beneficio accepto indignum fecit » (**).

Nella discussione nel Supremo Consiglio di Cancelleria, Camera di Grazia e Giustizia, sorsero tre opinioni. Il Consigliero Magliano sosteneva i principî generali di ogni risoluzione del dritto del concedente. Il Consigliere Pasqualini riconosceva questi principî, ma faceva valere il favore del matrimonio per reclamare un'eccezione a favore dell'ipoteca per la dote e per le convenzioni matrimoniali. Per ultimo i Consiglieri Sollima e Sarno restringevano quest' eccezione alla sola dote, giacchè, diceva il secondo, la causa della dote debb' essere privilegialissima e di dritto pubblico.

Questa opinione prevalse, e per essa le nostre leggi civ. hanno adottato un temperamento, che avvicinandosi quasi per intiero alla legislazione francese, adotta i principî degli scrittori del dritto romano solo per una causa privilegiata ed estremamente favorita, qual' è l' ipoteca dotale, venendo inoltre a favore della moglie sol quando può correre il rischio di perdere la sua dote, ed avvolgendola poi nel dritto comune, quando si tratta de' lucri, che dal contratto delle nozze ha ottenuto. Questa sola eccezione e così limitatamente apportata alle libertà de' beni, ritornati al donante per la rivocazione *ipso jure* delle donazione, è giustificata dalle stesse teorie di ordine pubblico, che hanno fatto ammettere parecchie altre eccezioni in favore del matrimonio.

È chiaro, che a differenza del dritto romano l'eccezione riguarda soltanto la moglie e non il donatario, il quale rimane tenuto d'indennizzare il donante delle somme pagate per lui. E difatti il donante non è tenuto all'ipoteca dotale, che sussidiariamente, oltrechè l'ipoteca è un mezzo di assicurazione del credito, ma non è il credito stesso, e grava il fondo nelle mani del donante, come il graverebbe presso ogni altro possessore.

Però per l'esercizio dell'azione ipotecaria della dote non è necessario, che la donazione sia fatta a contemplazione del matrimonio, ma basta, che semplicemente sia fatta a favore del marito, dapoichè l'articolo dice « *ancorchè* la donazione fosse fatta a contemplazione « del matrimonio del donatario. »

Ora supponiamo, che la donazione sia stata fatta alla donna, la quale siasi costituito in dote il fondo donato. Per la sopravvenienze de' figli al donante la donazione sarebbe rivocata, ed il marito soffrirebbe l'evizione del fondo dotale. Se la moglie ha beni parafernali da supplire al fondo dotale perduto, la dote sarà salvata; ma se la moglie è insolvibile, può argomentarsi dalla disposizione della legge sull'ipoteca dotale per sostenersi, che il favore del matrimonio esige, che il marito e la moglie non perdano il fondo dotale, come questo stesso favore ha richiesto, che la seconda non perda la sua ipoteca per ricuperare la dote, quando l'azione ipotecaria sul fondo donato è divenuto indispensabile per riscuoterla?

A noi sembra, che i motivi di ordine sociale, che hanno determinato il legislatore a fare un'eccezione alle regole generali, esistono nell'uno come nell'altro caso. Perchè vi dovrebb'essere differenza tra la dote e l'ipoteca dotale? Come si può sostenere, che vi siano delle buone ragioni per fare una eccezione a favore del mezzo, onde ottenere una cosa, e non vi siano le stesse buone ragioni a favore della cosa stessa? È egli possibile, che il mezzo sia più favorito del fine? E può forse contendersi, che l' ipoteca dotale è il mezzo da conseguire la dote?

Comprendiamo, che ci si può opporre, che il favore delle doti riguarda la moglie e non il marito; che nel caso preveduto dalla legge la moglie perderebbe la dote propria, perchè vien meno una cautela, sulla quale dovea contare, mentre nel caso nostro la moglie perde il fondo donato per una condizione inerente in ogni donazione, ed il marito rimane tenuto per gli obblighi, che nascono dal matrimonio, al mantenimento della famiglia. Nel primo caso insomma la moglie rimane indotata per mancanza delle cautele, che la legge stessa le avea date; nel secondo essa è avvolta nella condizione comune di ogni donatario, e perde il fondo per una causa annessa al titolo, per lo quale l'aveva avuto.

Ma tali considerazioni sono sufficienti a distruggere l'argomento di analogia, che così naturalmente e così poderosamente discende dall'identità de' motivi della disposizione? Ed inoltre non si trova in questa soluzione sostituito al favore del matrimonio il favore della moglie, quando il matrimonio è disciolto? Non si trova favorita la dote, quando è cessata di esserla, ed avvolta nel dritto comune, mentre serba il carattere, che ne determina il favore?

Nonpertanto riconosciamo, che come giace l'art. 888, la quistione va risoluta a pro del donante, dapoichè i termini, ne' quali è conceputo, fanno chiaramente vedere, che il favore del matrimonio non ha arrestato il legislatore nelle conseguenze della rivocazione, che pel solo caso espresso, — « *ancorchè la donazione fosse* « *fatta a contemplazione del matrimonio del donata-* « *rio.* » Però siccome queste sono le espressioni dell'articolo del Codice francese, che venne modificato, richiamiamo sulla proposta quistione l'attenzione del legislatore, ove quell'articolo dovess'essere riveduto.

Il traduttore.

(*) Voet ad Pand. Lib. 39, tit. 5.°, n.° 35.
(**) Voet sopra cit.

Articolo 964 — (889)

Le donazioni così rivocate non potranno rivivere o avere di nuovo il loro affetto nè per la morta del figlio del donante nè per alcun atto confermativo; e se il donante vuole doaare gli stessi beni allo stesso donatario, sia prime sie dopo della morte del figlio, per la cui nascita la donazione è stata rivocata, non potrà farlo, che con una nuova disposizione (a).

SOMMARIO

1418. Sarebbe contrario a'principi, che regolano le condizioni, che la morte del figlio facesse rivivere la donazione.

1419. Verun atto confermativo potrebbe dare alla donazione un' esistenza che ha perduto.

COMENTARIO

1418. Taluni giareconsulti, tra' queli bisogna contare Ricard, avevano peneato, che quando il donante aveva perduto i suoi figli o naturalmeote o civilmente, senz' avere fatto uso del bonefizio della rivocazioae, noa poteva più ricorrervi dopo la loro morte (1). Ma quest' opinioae era fondata su sottigliezze e motivi più speciosi, che solidi (2). Ed in effetti ogni donazione racchiade una condizione tacita, quella della rivocazione nel caso di sopravvenieaza di figli al donaote. Quando la condizione si verifica, la liberalità si trova risoluta di pieno dritto; ora *conditio semel defecta, non restauratur*.

Come l'abbiamo detto di già, comuaque l' iateresse do' figli sia stato quello, che abbia fatto etabilire la legge sulla rivocazione di cui ci occupiamo, non di meno i beoi donati aon ritoraano a loro, ed il padre può alienarli a propria volontà. Per lo che bisogna considerare il solo fatto della nascila de'figli, comechè la nascita sola e non la sopravvivenza è la condizione della rivocazione. La donazione trovaadosi rivocate di pieno dritto, che cosa importano gli avveaimeati, che possoa cambiere lo stato de' figli?

Per quest' ultimo partito si pronuaziò l'articolo 43 dell'ordiaaaza del 1731, ed è anche quello, che il Codice Napoleoae ha preferito; perocchè è evidente, che la donazioae essendo rivocate *ipso jure*, non può più rivivere, qaali si eiano gli evvenimenti, che sieguono la nascita del figlio nato vitale.

1419. Non solamente la donazione non rivive per la morte de' figli sopravvenuti, ma neppure verua atto confermetivo può darle l' esietenza, che ha perduto, e bisogne, che sia rifatta secoado tutte le solennità del dritto, altrimeoti sarebbe un' autorizzare a doaare tacitamente. Ed in effetti che importerebbe la conferma di ua atto rivocato ed estinto? *Confirmatio nihil novi juris addit.*

Articolo 965 — (890).

Ogni clausola o convenzione, con la quale il donante avesse rinunziato alla rivocazione della donazione per sopravvenienza di figli, sarà riguardata come nulla, e non potrà produrre verun effetto (b).

SOMMARIO

1420. La legge nell' opporsi a questa rinunzia, fatta anticipatamente dal donante, ha voluto prevenire la sua imprevidenza relativamente a' suoi figli futuri.

COMENTARIO

1420. Questa disposizione presa in improato dall'ordiaenza del 1731, he per obiettto di rigettare l'opiaione di coloro, che potrebbero credere, essere il donente legato da una rinunzia, che avesse falta a benefizio della rivocazione per sopravvenienza di figli. Taluni autori evevano manifestate questa opiaione, fondandosi sul brocardo di dritto, che si può ri-

(a) Uniforme a quest'articolo è l'art. 889 delle Leggi Civili. *Il traduttore.*

(1) *Donaz.* p. 3, n. 633, *Aggiungi* Voet 39, 5, 29.

(2) Furgole quest. 16, n^i 14 e 15.

(b) Uniforme a quest'articolo è l'art. 890 delle Leggi civili. *Il traduttore.*

nuoziare ad un dritto introdotto a proprio favore, e ch' è permesso a' particolari di derogare alle leggi, che non hanno per obietto, che l' interesse privato (1).

Ma Ricard aveva confutata questa dottrina primachè l' ordinanza del 1731 non venisse a prosoriverla. Ed in effetti la legge per la rivocazione delle donazioni in caso di sopravvenienza di figli, non è fatta solamente in considerazione del donante, ma anche in considerazione dei figli. D' altronde sarebbe mai ragionevole di ammettere una simile rinunzia del donante; rinunzia, che sarebbe una pruova segnalata d' imprevidenza per riguardo ai suoi futuri figli ed un riprensibile oblìo, mentre la legge ha voluto precisamente prevenire questa imprevidenza e questo oblìo? Tutto ciò, che il donante ha fatto in quel momento in cui crede di non aver figli, è considerato come non avvenuto per la sopravvenienza dei discendenti. Da un altro lato, se il donante facesse questa rinunzia dopo la nascita del figlio, essa non potrebbe avere verun effetto, perchè la legge non vuole, che verun atto del padre possa impedire l' effetto della rivocazione. Epperò si vede, che sotto qualunque rapporto ed in qualunque tempo si esamina la rinunzia, è destituita di effetti in tutti i casi possibili (2).

Articolo 966.

Il donatario, i suoi eredi o aventi causa o altri detentori delle cose donate non potranno opporre la prescrizione per fare valere la donazione, rivocata per la sopravvenienza de' figli, che dopo un possesso di trent' anni, i quali non potranno cominciare a decorrere, che dal giorno della nascita dell' ultimo figlio del donante, anche postumo; e ciò senza pregiudizio delle interruzioni come di dritto (a).

SOMMARIO

1421. La prescrizione di trent'anni comune a tutte le azioni, qui non può decorrere, che dal giorno, in cui un figlio è sopravvenuto al donante.
1422. Ma se nascono al donante più figli, la prescrizione non decorre, che dal giorno dalla nascita dell'ultimo figlio.
1423. Il terzo possessore non sarebbe ammesso ad invocare la prescrizione di 10 e di 20 anni malgrado il suo titolo e la sua buona fede.
1424. Nel caso in cui la donazione fosse eseguita sotto forma di contratto oneroso, la prescrizione sarebbe di 30 anni, anche a riguardo del terzo possessore.
1425. La prescrizione, di cui qui si tratta, può essere interrotta.
1426. Essa può parimenti essere sospesa.
1427. Nulladimeno i figli del donante non potrebbero pretendere, che l'azione rivocatoria non sia cominciata per essi, che a contare dalla morte del loro padre.

COMMENTARIO

1421. Si può opporre contro la dimanda di rivocazione della donazione per causa della sopravvenienza dei figli la prescrizione ordinaria di trenta anni, con la quale tutte le azioni si prescrivono (3).

Il tempo di questa prescrizione comincia a decorrere dal giorno, in cui un figlio è sopravvenuto al donante, ed in effetti da questo giorno è aperto il dritto di rivocare la donazione, e la prescrizione non può decorrere contra di un dritto primachè esista.

1422. Se fossero nati al donante più figli, il dritto di rivocare sarebbe prescritto trenta anni dopo la nascita del primo ovvero trenta anni dopo la nascita dell' ultimo? Dapprima sembra, che dovesse essere trenta anni dopo la nascita del primo, dapoichè il dritto di rivocare la donazione si è aperto dalla nascita del primo, e conseguentemente d' allora è cominciato a decorrere il tempo della prescrizione. Nulladimeno il codice di accordo con l' ordinanza del 1731 (art. 45) decide, che il dritto del donante non sarà prescritto, che dopo trenta anni dalla nascita dell' ultimo. E la ragione si è, che ogni figlio, che sopravviene al donante, gli dà un nuovo dritto di rivocare la donazione. Per lo che se il dritto, che il primo figlio gli ha dato, è prescritto per l' elasso di trenta anni, gli resta ancora il dritto, che gli dà la nascita dell' ultimo; *idem ex pluribus causis deberi potest*. L. 159 *D.*, *De reg. jur* (4).

1423. L' articolo 966 è così formale sulla necessità di una prescrizione di trenta anni, che i terzi possessori non potrebbero invocare la prescrizione di dieci e venti anni, che ha luogo, quando vi è titolo e buona fede. La legge vuole, che la prescrizione si possa acquistare solamente con trenta anni, rigettando le altre prescrizioni autorizzate dal dritto comune. Epperò bisogna diffidare della dottrina di Ricard, che pensa (5), poter essere utile ai terzi possessori la prescrizione di dieci e di venti anni. Questo autore, che scriveva prima

(1) L. 31, D., *De pactis*.
(2) Pothier *sul'Orleans* iet. t. 15, o. 108. Ord. del 1731, art. 41, 43.
(a) Corrisponde a quest' articolo, cui è uniforme, l'articolo 891 dello Leggi civili. *Il traduttore*.
(3) Pothier su *Orleans*, t. 15, introd. n. 111.
(4) Id. n. 111. Furgolo sull'*Ordin.* del 1731, art. 45.
(5) *Donazioni* part. 3, n. 659.

Digitized by Google

dall' ordinanza del 1731, ha avanzato sulla materia, che ci occupa, molte proposizioni, che la legge sulle donazioni ha rigettato.

1424. La prescrizione di trenta anni è la sola applicabile, anche quando la donazione porta i caratteri di un contratto a titolo oneroso (1). In simile caso non si potrebbe invocare l'art. 1304 del codice Napoleone (a), il quale concerne soltanto le convenzioni ordinarie, ed è al di fuori del caso particolare d'una donazione (2).

Ciò diviene rigorosissimo, se si applica ai terzi possessori, che hanno ignorato il carattere occulto di liberalità nell' atto, che ha investito il loro venditore, perocchè hanno creduto di acquistare da una persona, che essa stessa aveva comprata a titolo oneroso. Eglino si sono creduti proprietari incommutabili, e sembrerebbe, che la loro buona fede dovesse proteggerli (3). Nulladimeno il nostro artic. è così generale e così assoluto, che io vedrei della grandi difficoltà di farlo piegare in loro favore.

1425. La prescrizione decorre dal giorno della nascita del figlio. Un possesso di trenta anni a contare da questo momento rende inammessibile l' azione di rivocazione: il nostro testo è formale a tal riguardo.

Nondimeno questa prescrizione può essere interrotta pei mezzi di drillo, sul qual punto il nostro articolo rinvia al drillo comune.

1426. Però è da rimarcarsi, che non parla delle sospensioni della prescriziona, che in generale non hanno minor favore delle interruzioni. Malgrado tale silenzio bisogna dire, che si deve tener conto delle sospensioni (4). Supponiamo, che il padre muoja, e lasci dei figli minori, la prescrizione sarà sospesa durante la minorelà: *contra non valentem agere non currit praescriptio*. Non vi è ragione sufficiente per allontanarsi dal drillo comune sino a questo punto.

1427. Notate nonpertanto, che i figli, che non hanno potuto agire in vita del loro padre, come qui sopra abbiamo veduto (5), non sono ammessi a pretendere, che l'azione rivocatoria cominci per loro unicamente dal giorno della morte. E perchè questo? Perchè l' azione rivocatoria appartiene loro a titolo di eredi del padre donante; perchè eglino non fanno altro, che succedergli; e perchè inoltre eglino debbono prendere le cose nello stato, in cui le ha messe e lasciate, cioè profittando del tempo, che rimane a decorrere, se i trenta anni non sono ancora compiuti, o al contrario respinti dalla prescrizione, se i 30 anni sono decorsi in vita del donante. Il nostro articolo non lascia veruo dubbio su tale riguardo per la precisione, con la quale esige, che il punto di partenza della prescrizione sia tassativamente il giorno della nascita del figlio.

Nota. Un decreto de' 15 di gennaro 1843 dispone — « Veduto l' art. 885 delle Leggi civili sulla ri« vocazione delle donazioni per sopravvenienza di fi« gli: »

« 1. Le donazioni di sole usufrutto, le quali saranno « fatte in avvenire a titolo di patrimonio sacro, non « saranno rivocate *ipso jure* nè rivocabili finchè vive « il donatario. »

Si scorge, che la disposizione non riguarda le donazioni anteriori, le quali rimangono soggette al dritto comune. *Il traduttore.*

CAPITOLO V.

DELLE DISPOSIZIONI TESTAMENTARIE.

SEZIONE I.

DELLE REGOLE GENERALI SULLA FORMA DE' TESTAMENTI.

ARTICOLO 967 — (892)

Ogni persona potrà disporre per testamento sia sotto il titolo d'instituzione di erede, sia sotto il titolo di legato, sia sotto ogni altra denominazione propria a manifestare la sua volontà (b).

SOMMARIO

1428. Si deve considerare il testamento come dipendente del dritto pubblico; e riguardarlo come un atto, la cui forma è inaccessibile al volgare?

1429. Il testamento essendo una conseguenza del dritto di proprietà, appartiene al dritto naturale, e come tal è protetto nel suo esercizio da regole semplici ed accessibili a tutti.

1430. In Roma, ove la proprietà era legata al dritto

(1) Cassaz., Ricorsi, 6 novembre 1832 (Dalloz, 33, 1, 31.)

(a) Art. 1258 delle Leggi civ. *Il trad.*

(2) Idem.

(3) Bayle Mouillard *su Grenier* t. II, n. 206.

(4) Codice sardo, art. 1175. Grenier, n. 207. Vazeille su 960. Zachariae, t. V, p. 374.

(5) N° 1408.

(b) È uniforme a quest'articolo l'art. 892 delle Leggi civili. *Il traduttore.*

Google

COMENTARIO

1428. È una tradizione fondata sul dritto romano, che le formalità del testamento sono di dritto pubblico: *Testamenti factio* diceva Papiniano, *non privati sed publici juris est*(1). Questa massima è ripetuta in tutti i libri (2).

È del pari una tradizione, che ci viene dal formalismo di Roma, e che si è perpetuata malgrado i più profondi cambiamenti, cioè che un testamento è un atto difficile, pel quale il padre di famiglia deve necessariamente circondarsi dei consigli degli uomini della legge per guardarsi dagli agguati della legge (3). Ed in effetti Cujacio fa rimarcare, che presso i Romani le formalità del testamento erano così minute, che assai di rado si osava fare un atto di ultima volontà senza consultare un giureconsulto (4), e chi il faceva era uno spirito forte, che mettendosi al di sopra delle minuzie sacramentali, osava consultare solo il suo buon senso e la sua ragione (5) Gli uomini della legge, che hanno la confidenza del pubblico, hanno tutti per l'esperienza della loro pratica giornaliera, che delle persone appartenenti alle classi più elevate e più illuminate della società, si dirigono a loro per dimandar loro le formole del testamento, come se la confezione di un tal atto fosse un arcano inaccessibile ai profani.

Queste due idee non debbono essere accettate senza riflessione. Dapprima non è vero, che il testamento appartiene al dritto pubblico sotto lo stesso titolo del dritto romano; inoltre è anche men vero, che la forma de' testamenti sia inaccessibile al volgare, e che una guida esercitata sia indispensabile per dargli la sua legittima solennità.

1429. In ciò che concerne la dipendenza del testamento dal demanio del dritto pubblico, abbiamo provato più sopra, che gli atti di ultima volontà sono una conseguenza del dritto di proprietà, e che quindi emergono dal diritto naturale, e che la legge scritta non potrebbe interdirne l'uso senza esercitare sulla libertà umana una violenza condannabile.

È vero, che la legge civile può e deve intervenire per regolare l'uso del dritto di disporre a causa di morte, e prevenire gli abusi, che l'uomo potrebbe farne. Ogni libertà ha i suoi limiti, e la libertà del proprietario non deve andare sino a delle perniciose esagerazioni. Ma nel contenere il dritto di disporre a causa di morte, la legge civile ha per dovere essenziale di rispettarlo in ciò, che ha di ragionevole e di conforme all'equità; altrimenti cadrebbe in quel genere di tirannia, che fa più detestare i governi.

Uno de' punti, su' quali l'intervento regolatore della legge civile, è il più necessario, è la forma de' testamenti. Bisognano delle regole precise, onde la volontà de' moribondi si mostri con certezza, e che non si abusi della loro debolezza; ma bisogna, che queste regole siano semplici, chiare, accessibili a tutti, imperocchè l'equità si rivolterebbe contra delle formalità minute, inspirate da uno spirito di ostilità, e non da uno spirito di protezione. Un dritto sacro nella sua essenza, qual'è il dritto di proprietà, dev'essere nel suo esercizio favorevolmente trattato, e non dev'essere circondato da imboscate.

1430. Presso i Romani il dritto era dominato da punti di vista differenti. La proprietà era legata al dritto pubblico in una strettissima maniera. Il padre di famiglia dipendeva dallo stato a causa de' suoi beni, che originariamente erano stati una concessione, a causa delle distinzioni della nascita, necessarie alla forma del governo, a causa de' sacrifizi, la cui conservazione nelle *gentes* importava alla cosa pubblica (6), a causa della podestà patria e maritale, che per la sua grand'estensione era tanto politica che domestica. In quest' ordine

(1) L. 3, D., *Qui testam. facere possunt.* (Papin., Quest. lib. 14).
(2) Cujo, comm. 7, § 104.
(3) *Sopra* n. 85.
(4) Sul Dig., *Qui testam. facere possunt*, secondo la legge *Lucius*, 88, § ult., D., *De legat.* 2. Vedi *infra*, n. 1439.
(5) Legge precitata 88, § ult., D., *De legat.* 2. Ved. *infra*, n. 1439.
(6) Cicerone, *Pro domo*, 13. *De legibus*, 2, 9. Legge delle Dodici Tavole: « *Sacra privata, perpetua manento.* »

d'idee la trasmessione dell'eredità era un avvenimento di ordine pubblico, che tra tutti gli altri teneva desta nel più alto grado l'attenzione del legislatore. La legge civile preoccupata degl'interessi dello Stato, ben più che de'sentimenti della natura, l'aveva regolata in uno spirito aristocratico. Si può consultare le legge delle dodici tavole (1). Il suo sistema della successione *ab intestato* è per lo intero inspirato dallo spirito di conservazione proprio soprattutto dell'aristocrazia; essa vuol conservare nella famiglia e nella *gentes* i nomi, le memorie, i beni, le distinzioni, i sacrifizi ed i riti paterni (2); in particolare i sacrifizi, che Cicerone rimproverava a Clodio di averli lasciati perdere, facendosi adottare da un plebeo (3). Questi sacrifizi erano legati all'eredità (4) secondo il dritto pontificale (5), e ne formavano un peso necessario, talvolta oneroso (6), ma sempre caro alle famiglie illustri, e che conservavano nel loro seno i segni caratteristici della loro origine, le distinzioni, delle quali erano fiere, il culto degli antenati, la pietà verso i dii (7).

Importava dunque, che il pensiero delle leggi successorie non fosse alterato da'capricci o dell'imprevidenza del padre di famiglia, e che il testamento non servisse di mezzo per indebolire le precauzioni della politica, per confondere gli ordini, confondere le famiglie, profanare o mettere in oblio i sacrifizi domestici. D'onde questa regola, che un testamento, essendo una derogazione alla legge delle successioni *ab intestato*, non potesse aver effetto, che se fosse esso stesso nella forma di legge (8). Per lo che il padre di famiglia veniva innanzi del popolo adunato ne'comizi per curie, pronunziava ad alta voce il nome di colui, che voleva fare suo erede, ed il popolo ratificava la sua volontà co'suoi suffragi (9). Nell'istesso modo facevasi l'adozione (10), perchè aveva per iscopo di modificare lo stato delle famiglie.

Tal'è l'origine del principio del dritto romano, secondo il quale le fazione del testamento era di dritto pubblico. Questo principio riposava sopra basi talmente profonde, che si è perpetuato sino agli ultimi tempi: ed anche quando la costituzione politica e religiosa di Roma era cambiata, moltissimo tempo dopo, che si cessò di dare al testamento la forma di una legge, si ripetè per un abitudine inveterata, ch'esso era di dritto pubblico.

1431. In Francia questo linguaggio manca di verità, e non ha applicazione esatta nè al nostro antico dritto consuetudinario, nè al nostro dritto moderno, che n'è l'emanazione e la continuazione. I dritti di famiglia e di proprietà derivano presso noi dal dritto naturale; essi non sono una concessione dello stato; non debbono la lor organizzazione o' concepimenti arbitrari di tale o tal forme politica. La persona, che dispone della sua eredità a favore de'suoi successori, non usa di un favore, nè trasmette un privilegio, ma usa semplicemente dal suo dritto di proprietà, di cui la conseguenze legittima e necessarie è il dritto di disporre tra vivi o a causa di morte. Epperò lo Stato gli deve la sua protezione senza fargliela pagare con delle esigenze mal collocate e senza produrre le pretensioni ambiziose di un signore su di un vassallo. Esso gli deve assistenza e sostegno, come a tutti gli altri dritti, il cui godimento è dovere dello Stato di assicurare.

Per verità il dritto di testare porta con sè il dritto di modificare in una certa misura le disposizioni della legge sulla successione intestato. Ma la nostra legge sulle successioni è forse altro di un testamento presunto e di una devoluzione, calcata sulla probabile volontà del defunto relativamente e' suoi figli o a' suoi congiunti? (11) Sicchè la legge sulla successione intestata non è una potenza gelosa della volontà dell'uomo, nè la trotte da rivale, perchè le prende per base delle sue disposizioni (12) Ora s'essa cerca d'indovinare questa volontà, e d'inspirarsene, quando è muta, quanto a più forte ragione dev'essere lontana dal ripudiarlo e di dolersene, allorchè si è apertamente formolate? Tutto ciò che può dimandare e queste volontà è di non essere inofficiose, imperciocchè attingendo la sua forza e la sua autorità nel dritto naturale, non viola punto i dritti della natura e del sangue (13).

1432. Essa può dimandarle un'altra cosa, cioè di esprimersi secondo certe formolità. Qui il dritto di testare è obbligato di piegarsi al dritto civile e pubblico, che solo stabilisce queste formalità, e sotto di questo rapporto cessa di appartenere esclusivamente al dritto naturale (14). Nè occorre di dolersene, perchè per non interrompere questo solenne atto. Ed in effetti la legge delle Dodici Tavole ordinava, che i sacrifizi non fossero interrotti. — Sui sacrifizi vedi Macrobio, 1, *Saturn.* 16. Festo, v° *Publica sacra* et *Saturn.* Servio *sull'Eneide*, 2, 166; 3, 407; 5, 706.

(1) Giustiniano, Instit., *De haered. quae ab intest. defer.* Il mio libro dell'*Influenza del cristianesimo*, p. 1, cap. III, nota 1 della pag. 27, e p. 2, cap. XI.

(2) Cicerone, *De legibus*, 2, 9. *Ex patriis ritibus optuma colunto.* Festo, v° *Sine sacris hereditas.*

(3) Cicerone, *Pro domo*, 13.

(4) V. il mio articolo sulle *Gentes* (*Riv. di legisl.*, 1847, 1, 5), e Beaufort, t. 1, p. 107.

(5) Cicerone, *De legibus*, 2, 20, e 21.

(6) Plauto, *Captiv.*, 4, 1, 8. Festo, v° *Sine sacris.*

(7) V. l'aneddoto riportato da Tito Livio, 5, 46. La gente Fabia aveva un sacrifizio anniversario sul monte Quirinale. Fabio, quantunque Roma fosse occupata da' Galli, non esitò di traversare il campo nemico

(8) Bynkarskoeck, 2, osserv. 2.

(9) Aulo Gellio, 15, 27. Beaufort, *loc. cit.*

(10) Aulo Gellio, 5, 19. Cicerone, *Pro domo*, 13 e 15. Suetone, *Augusto*, 65. Beaufort, *loc. cit.*

(11) *Sopra*, n. 32.

(12) N. 32.

(13) N. 83.

(14) N.i 85 e 260.

queste formalità hanno uno scopo protettore, perchè son desse una garentia di certezza, di sincerità, e di libertà, perchè in una parola questo inpronto dal dritto civile e pubblico ha per fine da rafforzare il dritto naturale.

1433. E poichè queste formalità sono tutelari, ne siegue, che la ragione presiede allo stabilirle, e ch'esse hanno per carattere di essere tanto chiare e così semplici per quanto è possibile. Ed in effetti, che cosa è di più facile e di più comodo del testamento olografo quest' eccellente stabilimento del dritto Francese? Che cosa di più nazionale di questa semplicità del Codice Napoleone, che unendo la nettezza nelle idee alla facilità del linguaggio, ommette tutte le denominazioni, uguaglia le cose così penosamente distinte del dritto romano (instituzione di erede, legato, codicillo), e purifica le solennità superstiziose, delle quali quel dritto era ingombro? Il perchè bisogna stupire, che delle persone della società, instruitissime del resto su di altri punti, ignorano che il testamento partecipa della semplicità, generalmente dominante nel Codice Napoleone, e che nulla è più facile per tutti, che un atto di ultima volontà. Nel nostro dritto non vi è più mistero (1).

1434. Ma per meglio valutare il beneficio di questa semplicità, ricapitoliamo qualcuna delle idee e delle forme, che complicavano i testamenti nella legislazione romana.

Dapprima la successione testamentaria doveva essere differita per modo da non prendere nulla in impronto dalla successione *intestata*, perocchè vi era incombatibilità tra l'uno e l'altra (2). D' onde la massima di non potersi morire *partim testatus, partim intestatus;* bisognava, che il testamento abbracciasse tutto o nulla; bisognava, che la successione intestata si estendesse a tutto o a nulla (3).

Dappoi il testamento doveva contenere una istituzione di erede. Questa istituzione era la testa ed il fondamento del testamento (4). Niun testamento era valido senza istituzione di erede, e l'instituzione di erede non valeva, che in quanto era fatta secondo la forma prescritta(5).

1435. Il dritto consuetudinario si era separato dal dritto romano su questa parte della giurisprudenza, il che faceva dire a Coquille: « In paese consuetudinario non abbiamo veri « testamenti *ad instar* di quelli, che sono in- « trodotti dal dritto romano, secondo il quale « non vale verun testamento, se non contiene « l' istituzione di erede, e non vale veruna isti- « tuzione di erede, se non in quanto è fatta in « un testamento, che sia fatto secondo le forme « prescritte. E perchè? Per noi è superfluità di « fare distinzione tra testamenti e codicilli; « per lo chè ogni disposizione di ultima vo- « lontà fatte da persone capaci ed in forma « probante, dev'essere riputata testamento per « la nostra consuetudine (6) ».

D' onde poi quella disposizione dell' articolo 10 del titolo 33 della consuetudine del Nivernese: « Instituzioni nè sostituzioni di erede « hanno luogo per testamento o altrimenti in « maniera, che nonostante le dette instituzioni « e sostituzioni l'erede abile a succedere eredi- « terà e sarà impossessato della successione; in « maniera ancora, che un testamento è valido, « messo pure, che non vi sia istituzione di ere- « de. E per quanto la detta istituzione non « valga, non ne sarà pertanto viziato il testa- « mento nelle altre cose ».

1436. Era questo il dritto comune attestato dalla consuetudine di Parigi (7), ed emergente da questa massima raccolta da Loisel: « Istituzione di erede non ha luogo » (8): La quale significava due cose che la consuetudine del Nivernese aveva spiegato meglio di molte altre consuetudini (9): la prima che la disposizione testamentaria dell' uomo non poteva fare tutto al più che dei legatari universali, che era al disopra della sua potesta di fare un erede (10), non essendovi che Dio, secondo le nostre più antiche consuetudini, che possa fare un erede (11). « *Solus Deus here- « dem facere potest, non homo* (12). » Perocchè secondo la regola il morto impossessa il vivo, il parente più prossimo è l' erede legittimo pel dritto del sangue, ed egli è impadronito della successione, qualunque testamento vi sia (13). Una istituzione di erede nel dritto consuetudinario valeva dunque semplicemente come legato sino alla concorrenza dei beni disponibili. La sola istituzione contrattuale, differente in questo dall' istituzione testamentaria, aveva la virtù di creare, come il sangue, un erede impossessato, un erede nella forza e la latitudine del termine. Questa eccezione era il risultamento della convenzione, nella quale prendeva la sua sorgente l' istituzione contrattuale (14).

Queste idee sulla successione testamentaria conducevano a questa seconda conseguenza,

(1) N. 84.
(2) Pomponio, l. 7, D., *De regul. juris.* Giostin., *Instit.*, lib. 2, t. XIV, § 5. Cicerone, *De invent.*, 2,20.
(3) *Infra*, n. 1744, sull' art. 1002.
(4) *Caput et fundamentum testamenti.*
(5) Coquille *sul Nivernese*, til. 33.
(6) Tit. 33, *De' testamenti e codicilli.*
(7) Art. 299. *Aggiungi* Auvergne, cap. 12, art. 40. Orleans, 287. Sens, 70. Auxerre, 221. Touraine, 258. Reims, 285. Troyes, 96. Senlis, 165. Blois, 137, ecc., ecc. V. sul possesso ereditario di pieno dritto, gli articoli del sig. Rigaud, avvocato a Strasbourg (*Rivista straniera*, 1842, t. IX, p. 35, 777, 991).
(8) 2. 4, 5.
(9) Pothier *su Orleans*, art. 287.
(10) Poitou, 272.
(11) Delaurière *su Loisel*, *loc. cit.*
(12) Glanville, *De legib. Angliae*, l. 7, cap. 1. Klimrath. *Studii sulle consuetudini*, p. 137, nota 3.
(13) Delaurière, *loc. cit.* Coquille sull' artic. 10 succitato.
(14) *Infra*, n. 2366.

rilevata dalla consuetudine del Nivernese, cioè: Che un testamento in paese di consuetudine era affrancato dalla superstizione romana dell' istituzione di erede; che le disposizioni di ultima volontà meritavano l' onorevole nome di testamento, anche quando racchiudevano solo dei semplici legati; che infine se colui, che era stato istituito erede o per dir meglio legatario universale, era riconosciuto incapace, il testamento, valeva pel dippiù senza inquietarsi della sorte della disposizione principale.

1437. Vi era un corollario, che del resto era contenuto nei due precedenti, cioè che lungi dall' essere la successione testamentaria incompatibile con la successione intestata, la prima non poteva mai andare senza dell' altra. Siccome non vi era disposizione testamentaria, che potesse sopprimere la qualità di erede legittimo, chiunque faceva un testamento, moriva sempre: « *partim testatus partim intestatus;* » perciocchè l' erede legittimo continuava a conservare, se non l' emolumento, almeno il titolo, del quale la parentela a la legge lo investivano.

1438. Si vede, che mentre i paesi di dritto scritto conservavano docilmente le tradizioni del dritto romano, le provincie consuetudinarie erausi aperte delle vie nuove e più razionali. Per lo che Coquille celebrava con molta ragione la superiorità su questo punto del dritto consuetudinario: « Noi in questo paese di co« stumanza non siamo soggetti alle sottigliez« ze, formole, e fastidiose superstizioni intro« dotte dal dritto romano in fatto di testamenti. « E bene i nostri predecessori hanno avvisato « di liberarci da questa servile soggezione, « mercè la quale i più fini ed i meglio avvisati « facevano bene i loro affari, e coloro, che o« peravano ingenuamente, ernno sorpresi(1). »

1439. Il codice Napoleone ha serbata questa semplicità dell' antico dritto francese, e saggiamente vuole, che soprattutto si abbia riguardo alla volontà del testatore, cancellando delle distinzioni oramai inesplicabili tra i testamenti ed i codicilli, tra l' istituzione di erede ed i legati. Non più termini sacramentali, non più denominazioni privilegiate. Il codice permette a colui, che vuole disporre della cosa sua di fare come quel testatore, di cui parla la legge 88 § ult. D., *De legat.* 2, che aveva seguito il suo buon senso ed il suo giudizio piuttostochè una miserabile e troppo grande diligenza (2). Questo partito era sovente pericoloso in dritto romano, malgrado tutti i raddolcimenti opportati dall'arte dei giureconsulti. Di rado vi è alcun pericolo nel nostro dritto moderno, il quale melle la volontà dell' uomo sensato al di sopra di un sottile formalismo.

1440. Dippiù il codice Napoleone imitando su questo punto il dritto consuetudinario, non ammette, che il testamento possa togliere con una istituzione di erede agli eredi riservatari la qualità, che hanno ricevuto dalla natura e dalla legge. Malgrado ogni disposizione universale sono impossessati, ed il legatario universale è obbligato di loro dimandare il rilascio (3), di sortechè i nostri testamenti altro non sono, per servirci di una espressione di d' Aguesseau, che fedecommessi affidati dal defunto all' esecuzione dei suoi eredi riservatari (a). Ma ritorneremo su questi punti nel comentario dell' articolo 1002 e seguenti.

Articolo 968 — (893).

Un testamento non potrà essere fatto nello stesso atto da due o più persone sia a favore di un terzo sia a titolo di disposizione scambievole e reciproca (b).

SOMMARIO

1441. Di già l'ordinanza del 1731 aveva proibito l'uso de' testamenti congiunti o scambievoli, ma ammettendo talune eccezioni.

1442. Il Codice Napoleone ha mantenuto il principio senz'alcuna eccezione.

1443. Differenza, che fa su questo punto tra la donazione ed il testamento.

COMENTARIO

1441. Era un uso altre volte pressochè generalmente ammesso quello dei testamenti congiunti o scambievoli (4). « Non vi è difficoltà, « dice Ricard, (5) che la donazione reciproca

(1) Sull' art. 10.

(2) « *Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi,* « *sine ullo jurisperito, rationem animi mei potius se*« *cutus, quam nimiam et miseram diligentiam: et si* « *minus aliquid legitime, minusve perite fecero, pro* « *jure legitimo haberi debet hominis sani voluntas.* »

(3) *Infra* sull' art. 1004.

(a) Sotto di questo aspetto il testamento può dirsi di diritto naturale, perchè mentre la proprietà passa agli eredi riservatari, la ragione o la morale ci dicono, che i precetti del defunto debbono esser eseguiti. *Il trad.*

(b) Corrisponde uniformemente a quest'articolo l'art. 893 delle Leggi civili. *Il trad.*

(4) Loisel, 4, 4, 9.

(5) Don. reciproco n. 37.

« possa essere compresa in un testamento, senzachè si possa farla incorrere nel vizio di captazione, come è espressamente detto nella novella di Valentiniano, *De testamentis*, nella quale questo Imperatore parlando dei testamenti scambievoli, dice molto bene al nostro proposito: « *Quoniam nec captatorium dici potest cum duorum fuerit similis affectus et simplex religio testamenta condentium* (1) ».

Ma l'ordinanza del 1735 sui testamenti spinse la previdenza più lontano della novella di Valentiniano: temè, che il testatore non fosse esposto alle suggestioni della persona, con la quale faceva un testamento congiuntamente, e per prevenire questo inconveniente vietò (2) l'uso dei testamenti reciproci e congiunti sia tra marito e moglie, sia tra altre persone (3). Di già il parlamento di Grenoble aveva adottato una giurisprudenza, che tuttaffatto rigettava l'uso di questi testamenti.

Ma questa disposizione dell'ordinanza del 1735 fu soggetta a talune eccezioni, particolarmente in favore del padre e della madre, che volevano fare tra i loro figli la divisione dei loro beni.

1442. Il codice Napoleone è andato più lontano, e col non ripetere le eccezioni menzionate nell'ordinanza le ha abrogate.

1443. Si è più sopra veduto (4), che le donazioni scambievoli sono autorizzate dal Codice. Paragonando questa tolleranza della legge per la donazione con la proibizione, della quale i testamenti sono stati l'oggetto, non si trova forse un novello argomento di quello, che abbiamo precedentemente detto (5), che sembra esigersi dal legislatore una volontà più piena e più intiera da parte del testatore, che negli altri atti della vita civile? E se ne può dare la seguente ragione. Il timore delle sorprese è meno grande, quando si tratta di spogliarsi attualmente ed irrevocabilmente, che quando si tratta di disporre pel tempo, in cui non si sarà più. Il testatore è più accessibile alle seduzioni ed agli straseinamenti, che non hanno effetto attuale, che non l è il donante, ch'è ritenuto dalla necessità di legarsi sul momento e senza potersi pentire. Il primo è più facile nella sua liberalità, perchè non deve soffrirne le conseguenze; il secondo è più riserbato, perchè il sentimento della conservazione parla altamente, quando fa subire sul momento il contro-colpo di quello, cui uno si obbliga.

Articolo 969 — (894)

Un testamento potrà essere *olografo* o fatto *per atto pubblico*, o nella *forma mistica* (a).

SOMMARIO

1444. Delle tre forme de' testamenti.
1445. Queste tre forme suppongono necessariamente, che il testamento dev'essere redatto in iscritto.
1446. Un legato verbalmente imposto dal testatore all'esecutore testamentario sarebbe nullo.
1447. Del testamento noncupativo in Roma. — Uso di questo testamento in Francia sino all'ordinanza del 1735.
1448. La pruova testimoniale non sarebbe ammessibile per provare l'esistenza di un fedecommesso verbale a favore di colui, che ne reclama l'esecuzione.
1449 L'art. 969 si oppone al potersi testare per gesti o per segni?
1450. La pruova testimoniale non potrebbe avere luogo, nemmeno quando vi fosse un principio di pruova scritta.
1451. A menochè non vi sia frode, e che per esempio il testamento non sia stato distrutto dall'erede *ob intestato*.
1452. In questo caso spett'all'autore della distruzione di provare, non essere il testamento nella forma legale.
1453. Sarebbe diverso, se il testamento fosse stato distrutto per forza maggiore.
1454. Si può testare per relazione ad uno scritto non rivestito della forma testamentaria? — Distinzione.
1455. O il testamento si riferisce ad un atto anteriore valido, a fine d'individuare o determinare la persona o la cosa, che fa l'obbietto della disposizione, ed allora la relazione produce il suo effetto — Esempio.
1456. Continuazione.
1457. Ovvero il testatore si riporta ad uno scritto separato, che serve a manifestare la sostanza della sua volontà, ed allora il testamento pecca per la sua base.
1458. Un testatore non potrebbe non più riferirsi ad un testamento anteriore nullo per la forma.
1459. Sarebbe differentemente se il testamento, al quale egli si riporta, fosse senza effetto a causa di caducità o per difetto di capacità nell'istituto.
1460. Continuazione.
1461. Si può interpretare ciocch' è espresso in un testamento per mezzo di tutto quello, ch'è atto a rivelare o precisare la volontà del testatore.
1462. Ma se si tratta d'una omessione di forma, non vi potrà essere supplito, che per pruove attinte nello stesso testamento.

COMENTARIO

1444. Il nostro articolo ammette e consacra tre forme di testamento: il testamento olografo, il testamento per atto publico, il testamento mistico Ci spiegheremo negli articoli seguen-

(1) Aggiungi lo stesso autore, *Donazioni* part. 3, n. 63.
(2) Art 77.
(3) Merlin, Repert., v° *Testamento*. p. 591.
(4) V. sopra sull'art. 960, ni 1392 e 1393.
(5) Ni 468, 469.
(a) Uniforme a quest'articolo è l'art. 894 delle Leggi civili. *Il trad.*

Digitized by Google

ti su tutto quello, che si lega a queste tre forme abilmente variate per la comodità de' disponenti.

1445. Poichè il codice Napoleone riconosce solo le tre sorti di testamento, delle quali abbiamo parlato, siegue, che ogni testamento dev'essere redatto in iscritto, grande principio, che l'ordinanza del 1731 avevn esplicitamente consacrato nel suo articolo 1°, e che risulta implicitamente dalle disposizioni combinate del Codice; di sortechè la scrittura non è solamente richiesta per la pruovn del testamento, ma spetta pure alla forma ed alla solennità, e veruna pruova potrebbe supplirla, per quanto modica fosse la somma legata. Inoltre anche quando l'erede confessassè di essere stato incaricato dal defunto di un fedecommesso verbale, questa confessione sarebbe senza forza, se quest'erede non consentisse volontariamente ad eseguirla. Dappoichè ciocchè egli confesserebbe, sarebbe una disposizione, che la legge non riconosce,e che dispensa dell'adempire(1).

1546. Da ciò siegue, che se un testatore dasse a Tizio suo esecutore testamentario una somma di denaro per essere impiegata secondo le intenzioni, che verbalmente gli ha manifestato, questa disposizione sarebbe nulla per lo intiero; nulla relativamente a Tizio, perchè non è lui, che il testatore ha voluto gratificare; nulla relativamente a colui, che a Tizio è stato indicato, perchè ogni istituzione, ogni legato dev'essere redatto in iscritto. Il che è stata deciso da un arresto della Corte di cassazione de' 12 di Agosto 1811, del quale ho parlato altrove (2); la legge sospetta facilmente la frode nelle disposizioni, che si vogliono circondare del segreto senza confidarle alla fede della scrittura.

1447. I Romani avevano la scelta di fare un testamento o verbalmente o per iscritto. Il testamento, che gl'interpreti hanno chiamato nuncupativo (3), si faceva di viva voce, benchè si potesse adoprare la scrittura, *probationis causa* (4). Ed ecco quale n'era la forma. Il testatore dopo di avere fatto riunire sette testimoni nello stesso tempo e nello stesso luogo,dichiarava loro la sua volontà per modo che lo sentissero e comprendessero distintamente (5); *hoc perfectissimum testamentum, jure civili, firmumque constitutum*, diceva Giustiniano ne'suoi Instituti (6). Dopo la morte del testatore si faceva la pruova delle sue ultime volontà con la riassunzione giudiziaria de'testimoni, che avevano assistito alla nuncupazione (7).

Questi testamenti nuncupativi avevano la loro utilità per quelle persone, che si vedevano affrettate dall'estremità della malattia, e che non potevano disporre altrimenti (8). D'altronde erano dessi nei costumi del popolo romano da'più antichi tempi (9). Ma questa forma mancava di sicurezza, ed affidava alla fuggitiva memoria de'testimoni l'ultima e più cara volontà degli uomini (10).

Quando il testamento nuncupativo era redatto in iscritto, onde accompagnarlo con una forma probante, questa circostanza non dispensava dall'assistenza dei sette testimoni,che dovevano sottoscrivere l'atto, ed allora questo testamento non differiva dal testamento scritto, che in quanto questo esigeva una maggiore solennità degli altri, come più sotto vedremo.

L'uso del testamento nuncupativo si estese per tutta la Francia sino a che l'Ordinanza di Moulines vietò la pruova testimoniale al di sopra di 100 lire. In quest'epoca i Parlamenti si divisero per l'applicazione di questa ordinanza a' testamenti. Gli uni non pensarono, che il suo scopo fosse di attentare ad un uso specialmente consacrato dal dritto romano in favore de'moribondi. Gli altri per lo contrario riguardarono i testamenti verbali come nulli, ogni volta, che la somma sorpassasse le 100 lire.

L'ordinanza del 1731 abolì difinitivamente un genere di disposizioni, che dava materia a molte frodi e falsi giuramenti. Quest'ordinanza memorabile per la sua saviezza, non esitò a prendere in considerazione le osservazioni di tutt' i comentatori, che vedendo il pericolo del testamento verbale, avevano consigliato in preferenza l'uso del testamento mistico o scritto (11).

1448. Dal principio di non potersi testare verbalmente siegue, che la pruova testimoniale non è ammessibile per stabilire l'esistenza di un fedecommesso verbale a favore di colui, che ne domanda l'esecuzione (12). Ma niente vieta di ricorrere alla pruova testimoniale o alle presunzioni per provare, che una disposizione pura e semplice in apparenza, nasconde in realtà un peso di restituire segreto e contrario alle leggi (13). Qui la pruova testimoniale è ricevuta soltanto per smascherare la frode.

1449. Ma il nostro articolo si oppone al potersi testare per mezzo di gesti o di segni? Ab-

(1) *Sopra*, n' 549, 554, 555.
(2) N° 949.
(3) Giusta la legge 21, D., *Qui test facere possunt*, ove Ulpiano dice: « *Licebit ergo testanti vel nuncupare* « *haeredes, vel scribere.* »
(4) L. 4, D., *De fid. instrum.* L. 4, D., *De pigno.*
(5) L. 21, § 2, C., *De testamentis*. L. 21, D, *Qui testam. facere possunt*, *Pand.* de Pothier, t. II, p. 178, n. 40 e 22.
(6) *De testam. ordinandis*, § 14.
(7) Furgole, *Testamenti*, », 13. Doneau, 6, 10, 1 e seg. Corvino sul C., *De test. ordin.*
(8) Ricard, *Donaz.*, p. 1, n. 1326.
(9) Caio, *comm.* 2, § 103.
(10) Corvino, *luoc. cit.*
(11) Doneao, VI, 10, 10.
(12) Parigi, 31 di luglio 1819. (Devill., 6, 2, 120).
(13) *Sopra*, ni 685, 686 e 703.

Digitized by Google

biama veduta più sopra, che il sorda muta può fare una donazione per mezzo di segni (1), e sembra a prima calpa d'occhia, che il sorda-muto, che può fare camprendere il suo pensiera can quel linguaggia muta, che ha acquistata per mezza della scienza tnata caergia e precisioae (2), naa dev'essere meno capace di fare un testamento, adoprando questa modo di trasmettere le sue valontà.

Nulladimeno la legge più rigorasa (come sovente avviene) relativamente a' testamenti che per rapporto alle donazioni, nan ammette il testamenta pubblico per segni e per gesti (3), ma vuale, che sia dettato, lo che esclude il linguaggio di aziane, per quaato eloquente sia (4).

Ma perchè il Codice Napoleone naa avrebbe fatta a favore de' sardi-muti una eccezione, che il dritta romano aveva introdatto in favore del soldata (5)? Perchè il dritto naturale, che aveva suggerito a' giureconsulti romani questo favore particalare, aaa avrebbe del pari elevata la sua patente voce a favare di una classe di uomini, così degni di commiserazione? Indubitatamente i sardi muti, che la laro educasiane ba messa ia possessa di una coltura intellettuale perfezionata, passono fare un testamenta olografa a mistico, perchè sanno scrivere. E perchè il povero sorda-muto, che non è perveauta a questa progressa, deve aggiungere alla sua disgrazia quella di nan potere disparre pel tempo, in cui non sarà più? Del resta queste idee si ripradurranno ael aastro comeatario dell'articala 979 del Codica Napoleone.

1450. La scrittura è talmente dell'essenza del testamento, che nan si potrebbe supplire alle sue clausole per mezzo della pruava testimaaiale, ancorchè vi fosse ua principio di pruava scritta. Ed ia effetti il codice è canceputa aella stesso spirita dell'ardiaanza del 1735 (6); naa vuole pruova testimaniale aè per creare le dispasiziaai di ultima volontà, nè per cambiare quelle, che soao scritte nel testamenta, e sastituire lara sotto pretesto di ascurità una valontà aan espressa. I magistrati debbano cercare nell'atto stesso seconda i loro lumi le ragiani di decidere (7).

Ciò noa vuol dire, che quanda si tratta di iaterpretare delle espressiaai dubbie, oscure, ambigue, aan si possa ricorrere a delle presunziaui estrinseche (8). Ogni giorna avviene al Magistrato di attingere delle iaterpretazioni di volontà da sorgeuti estranee al testamenta (9), e nulla è più legittimo. Ma quello, che è vietata, è di sopprimere delle clausale scritte mercè l'iavocasiane di una volontà, che aon ha base nel testamento.

1451. Nulladimeno bisagna eccettuare il caso di frode alla legge, come abbiamo detta un istante addietro.

Da che siegue, che se il testamento viene ad essere distrutta dalla frade dell'erede *ab intestato*, l'erede testaiaentario potrà provare, che ua testamenta ha esistita in suo favore, e che è stato distrutta pel fatto di una persoaa interessata a farlo scamparire (10): l'esistenza può provarsi per mezzo della dichiarazioae del depositaria o per la canfessiane degli eredi.

1452. Vi è questa di particolare, che essendo pravata l'esistenza del testameato, spetta all'autare della lacerazione a della distrazione a provare, che non era aella forma legale. Perciocchè l'erede istituita privata del sua titalo da calui, che lo critica, non ba alcun mezzo per lo fatto di castui di difeadersi contro del sua attacca (11).

1453. Ma quaado il testamenta è stato distrutto per forza maggiore, per esempia per un incendio, non basta all'erede istituito di pravare, che ua testameata è esistita, ma bisagna anche provare quale ne era il cantenuto, e che era in forma regolare (12). Bisogna, che dei testimoni, che lo conascano ed idoaei, dichiariao non salo di avere veduto e letto il testamento, ma che sanno quella, che vi era contenuta, e che nan vi hanna veduta verun vizio: *Non modo se vidisse ac legisse instrumentum quod dicitur amissum, sed scire quid in eo contineatur, atque nulla in parte esse vitiosum* (13). Le leggi ramane raacomandano aacara in simile materia di nan avere riguardo se nan a pruove maaifeste: *manifestissimis probationibus* (14).

1454. Al aostro articala si lega la quistiaae se si può testare per relazione ad uno scritto nan rivestita delle farme testamentarie (15). Si comprende ael mameato la diffi-

(1) N° 539. (2) N¹ 1137, 1138.

(3) N° 537.

(4) *Infra*, art. 979.

(5) L. 4, D, *De testam. milit.* L. 1, D., *Eodem titulo*. L., 3, C., *De testam. milit.*

(6) Art. 883 combinato con l'art. 969.

(7) Cassaz. d'uo arresto d'Orleans, 28 dicembre 1818 (Dalloz, *Dispos. test*, t. VI, p. 70). Merlin, Repert., v° *Testamento*, t. XVII, p. 646. Questo arresto, perfettamente reoduto nella specie, contieoe qualche considerazione troppo larga, di cui bisogna diffidare.

(8) *Infra*, n 1461.

(9) L'arresto dei 28 dicembre 1818 sembra uelle sue considerazioni di contrariare quest'uso. In questo seuso va troppo lontono.

(10) Cassaz. 1° dicembre 1812 (Dalloz., *Disp. test.*, t. V, p. 609.

(11) Medesimo arresto.

(12) « *Amisso instrumento..., non extinguitur dummodo aliunde tenor constat et probari possit.* » Corvino sul Cod. *De fide instrumentorum et amissione eorum*).

(13) Perezio sul Cod, *eod. tit.*, n. 29. Cassaz., 17 febbraio 1807 (Dalloz., *Dispos. tra vivi*, t. V, p. 607).

(14) Antonin, l. 1, C., *De fid. instr et amis. eorum*.

(15) Furgole, t. I, p. 29, n. 22. Merlin, t. XVII, v° *Testamento*, sez. 2, § 1, art. 4, n¹ 1, 3, 4, 5. M. Bayle-Mouillard su *Grenier*, t. II, p. 229. M. Zachariae, t. V, p. 76, § 665. Poitiers, 10 agosto 1832 (Devill., 32, 2, 453).

Digitized by Google

coltà; poichè il testamento deve essere redatto in una delle tre forme autorizzate dal nostro articolo, può ammettersi, che in una parte ne rimanga affrancato? Se l'atto, cui si riferisce, è imperfetto, non v'ha timore di uscire dal circolo segnato dal nostro articolo?

Questa quistione non può essere risoluta, che per mezzo di una distinzione.

O il testamento si riferisce ad un atto anteriore valido a fine d'individualizzare o di determinare la persona o la cosa, che forma oggetto della disposizione; ed in questo caso la relazione deve produrre il suo effetto.

Oppure il testamento si riporta ad uno scritto separato, che serve a manifestare la sostanza della sua volontà, ed allora il testamento pecca per la base.

Riprendiamo successivamente le due parti di questa distinzione per mostrare la giustezza delle nostre soluzioni, e cominciamo dalla prima.

1455. « Lego a Tizio la somma menzionata « in un atto dei 25 di febbraio 1824, che « Sempronio ha sottoscritto a mio favore. »

In questo caso la relazione all'atto dei 25 febbraio 1824 non ha per oggetto, che di precisare la somma legata. Del resto il testamento contiene la sostanza del legato, e contiene una certezza sulla persona e sulla cosa, nè dimanda rischiarimento suppletorio, che su di un dettaglio, sulla quantità. Questa decisione è in perfetta armonia con quello, che Paolo c'insegna (1) della dottrina degli antichi giureconsulti, che tenevano per costante, che un legato concepito in questi termini: « Dono « a Tizio la somma, che indicherò in una let« tera che gli scriverò », è valido. Quantunque la lettera serve a spiegare il testamento, non è men vero, che il legato prende nel testamento la sua sostanza. La sola quantità è provata dalla lettera (2).

Del pari se Tizio, che pagava una pensione a Sempronio, gli lega la somma di... a titolo di pensione vitalizia (senza precisarla) si supplirà all'omessione della quantità coi libri della spesa e con altri scritti, dai quali risulterà la cifra della pensione, che in vita è stata corrisposta (3).

1456. Questa decisione si applica al caso, in cui il testatore avesse detto: « Istituisco per « mio erede quello dei miei fratelli, il cui no« me sarà scritto su di un foglio di carta, che « si troverà nel secondo tiratojo del mio se« gretario ». Questa disposizione vale per le ragioni, che abbiamo detto. La sostanza della disposizione è nel testamento, nè vi manca, che una circostanza, che può essere precisata dai fatti esteriori e con una relazione equivalente a ciò, che il testatore avrebbe detto nel testamento. In simile caso tutti gli argomenti sono buoni per giungere a constatare la volontà, come benissimo dice Celso: « *Testatoris* « *voluntas, si quibusdam argumentis appa-* « *rebit, de quo dixit, adimplenda est* (4). « Se ne trova due esempi nelle leggi 77, D., *De heredib. instit.* a 10, D., *De condit. instit.* (5).

Non è inutile di ricordare la specie della legge 77. Si sa, che per dritto romano non si poteva dare l'eredità col codicillo, ma l'istituzione di erede era esclusivamente attribuita al testamento, atto civile e solenne, che solo aveva questo privilegio (6). Nulladimeno un testatore aveva fatto un testamento così concepito: « Dono la mia eredità a colui, del quale « scriverò il nome nel mio codicillo. » Papiniano pensò, che nulla si opponesse alla validità del testamento. Perocchè comunque il nome dell'erede fosse scritto nel codicillo, non era però il codicillo, che l'istituiva, ma bensì il testamento, e che il codicillo non faceva altra cosa, che designare la persona. Ulpiano dà la stessa soluzione nella legge 10 D., *De cond. inst.*, che prova l'unità della dottrina su questo punto, nè può essere altrimenti, perchè in realtà nel testamento si trova la sostanza della disposizione (7).

Si dirà forse, che nelle due ipotesi prevedute da Ulpiano e Papiniano il codicillo era presso dei romani un modo di disporre ammesso dall'equità, riconosciuto dalla giurisprudenza, e che sotto di questa forma legale la disposizione esplicativa o supplementaria poteva ragionevolmente venirsi ad identificare col testamento anteriore o posteriore, ma che non potrebbe essere lo stesso nella specie da noi stabilita, nella quale abbiamo supposto, che il nome dell'erede è scritto su di un foglio di carta, che non merita il nome di atto? Risponderemo, che giusta il rigore delle leggi romane sull'istituzione di erede un codicillo era così insufficiente per adempiere questa condizione fondamentale di ogni testamento come il nostro foglio di carta.

E poi se è vero, che si può istituire un erede nella forma seguente; « Nomino per mio legatario universale colui, che guadagnerà il pre« mio in una tale accademia », perchè l'isti-

(1) L. 38, D., *De cond. et demonst.*

(2) *Aggiunge* l. 71, *De hoered. instit.* Pand. di Pothier, t. II, p. 203, n. 43.

(3) L. 14, D., *De annuis legatis.* Pothier su *Orleans*, t. XVI, n. 22.

(4) L. 25. D., *De rebus dubiis.*

(5) Pothier, *Pand.*, t II, p. 370, n. 14, e p. 264, n 12.

(6) Papiniano, l. 77, D., *De hered. instit.* « ... *Asse* « *toto non distributo, ita scriptum est, quem heredem co-* « *dicillis fuero, heres esto: Titium codicillis haeredem* « *instituit. Ejus quidem institutio valet, ideo quod licet* « *codicillis dari hereditas non possit, tamen haec ex te-* « *stamento data videtur sed hoc tantum ex hereditate* « *habebit, quantum ex asse residuum mansit.* », V. Cuiacio su questa legge. *Quest. Papin*, lib. 17.)

(7) V. Cuiacio, *loc. cit.*

luzione fatta nel modo, che discutiamo, sarà condannata? Così quando il nome del legatario è lasciato in bianco, è permesso al Giudice di ricorrere a delle pruove estrinseche per completare questa lacuna ed interpretare la volontà del testatore (1).

1457. Veniamo adesso al secondo ramo della nostra distinzione.

Quando la sostanza della disposizione non si trova nel testamento, e che bisogna andarla a trovare in uno scritto separato, al quale il testamento si riferisce, la disposizione è nulla, perchè il testamento deve bastare a se stesso in tutto quello, che riguarda la sostanza della volontà.

Così sarebbe radicalmente nullo un testamento, nel quale il testatore dicesse: « Voglio « che si esegua come mia volontà tutto quello, « che è contenuto in un tale scritto fatto di « pugno di Francesco. » Se questo modo di disporre fosse tollerato, si ridurrebbero i testamenti a delle semplici formole, e tutte le misure prese dal legislatore per proteggere mercè utili solennità la sincerità delle ultime volontà, crollerebbero.

È vero, che nell' antica giurisprudenza si trovano degli autori, che sul fondamento di una cattiva interpretazione della legge 77, D., *De haered. instit.*, ammettevano queste disposizioni per relazione ad un atto non valido come testamento (2), ma era questo un errore condannabile e fecondo d'inconvenienti. Niuno sotto il codice Napoleone vi saprebbe prestare le mani (3).

1458. Un testamento non potrebbe neppure riferirsi ad un testamento anteriore nullo per la forma (4). Come potrebbe esso trovare in ciò, che non ha esistenza legale, la forza, che gli è necessaria per esistere? Ed in effetti è una regola, sulla quale insisteremo più tardi, che un testamento nullo deve essere rifatto.

1459. Ma nulla vieterebbe, che il testatore si riferisse nel suo testamento ad un altro testamento restato senza effetto per mancanza di capacità dell' instituito o per ragione di caducità: così per esempio potrebbe dire: « Dono a « Pietro quello, che ho donato a Francesco col « mio testamento del tal giorno, stantechè « Francesco è morto prima di me (5).

1460. Ecco a questo proposito una specie curiosa:

Codier Visconte di Veauce aveva fatto a Bourges il 20 di settembre 1835 un codicillo, del quale cito il tenore:

« Mio nipote Amabile Codier, Barone di « Veauce essendo morto, è mia volontà, che « le disposizioni testamentarie, che aveva fatte « in suo favore, ritornino in totalità ai suoi « figli Eugenio e Maria Codier de Veauce, ai « quali gioveranno, rinnovandole per essi con « questo codicillo. »

Il Visconte di Veauce morì il 26 di aprile 1836.

Quali erano queste disposizioni testamentarie, che aveva egli fatte a favore del Barone di Veauce, suo nipote trapassato? Furono ricercate dopo della sua morte, ma si trovò soltanto nel suo segretario un testamento non sottoscritto nè datato scritto di sua mano. In questo testamento istituiva il Barone di Veauce per suo legatario universale, e faceva taluni legati particolari.

Gli eredi del sangue pretesero, che il codicillo dei 20 di settembre 1835 mancava di una delle sue parti sostanziali; che riferivasi ad un testamento, che non si trovava; che la relazione non poteva farsi ad un atto imperfetto e nullo nella forma, come i legatari pretendevano, ed opposero a costoro il principio da noi stabilito nel numero 1458.

Ma i legatari ne respingevano l' applicazione, e dicevano: Non vogliamo altro titolo, che il testamento dei 20 di settembre 1835, esso è il solo, del quale possiamo prevalerci. Il testamento trovato il 26 di aprile 1836 non ci dà verun dritto, nè serve ad altro, che ad interpretare il testamento dei 20 di settembre 1835. Ora questo testamento è valido, ha la forma olografa, racchiude una volontà precisa una instituzione di erede; i legatari sono nominati, il testatore dichiara la sua volontà di gratificarli. Un sol punto è incerto, ed è la misura dei dritti di questi eredi. Ora questa misura può essere determinata da un atto, che non ha la forma di un testamento, ed al quale si riferisce il testatore. Se se ne dubita, basta consultare le leggi romane, che faranno cessare gli scrupoli (6).

Il tribunale di prima istanza di Bourges adottò questo sistema. Vide nel testamento del Visconte di Veauce del 1835 una istituzione di erede, la cui sostanza era rettamente stabilita, e movendo di là, credè di potere seguire il procedimento indicato da Ulpiano e Papiniano per colmare la lacuna relativa alla misura dei diritti.

Però non poneva attenzione ad una cosa importante, cioè che nella specie delle leggi romane la relazione fatta dal testatore versava su di un atto certo, mentre qui pendeva l' incer-

(1) Causa Schneider. Cassaz., rig., 23 dicembre 1828 (Devill., 9, 1, 205).

(2) Covarruvia, *De testam.*, cap. 14. n. 6. Montvalion, *Tratt. delle success.* cap. VI. art. 20, n. 8. Stockmans, *Decisiones brabantinae* § 14. Arresto della Corte di Torino. 17 fior. an. XI, riportato da Merlin, Repert., v. *Testamento*, t. XVII, p. 650.

(3) Merlin, Repert, v° *Testamento*, sez. 2, § 1, articolo 12.

(4) Merlin, *luoc. cit.* Torino, 19 marzo 1810 (Devill., 3, 2, 231). Cassaz., rig., 21 novembre 1814 (Dalloz., *loc. cit.* t. VI, p. 64).

(5) Africano, l. 109, D., *De legat.*, 1.

(6) *Sopra*, n. 1456.

Digitized by Google

tezza sull' atto, oggetto della relazione. Ed in effetti il Visconte di Veauce si era riferito ad un testamento, ed i suoi legatari volevano, che si riferisse ad un atto, che non era un testamento. In presenza di questo informe progetto un gravissimo dubbio s' impadroniva dello spirito. Era quello l' atto, cui il testatore si era riferito? Non aveva egli in vista un testamento perfetto, che aveva egli redatto, e che non si presentava? Epperò non bisogna stupire, che la sentenza di prima istanza fosse infermata dalla corte di appello di Bourges, e che i legatari perdessero la causa (1). Checchè ne sia, questo arresto non affievola per nulla i principi stabiliti nei numeri precedenti.

1451. Se è vero che il testamento possa completarsi in certi dettagli ed accessori, che vi mancano, con dei mezzi estrinseci, è evidente, che si potrà con maggiore ragione interpretare ciocchè vi è espresso per mezzo di tutto ciò,ch'è di natura da rivelare e precisare la volontà del testatore, beochè questi elementi siano attinti altrove, che nello stesso testamento (2). Per lo che si potrà utilmente consultare i suoi usi personali, quelli della contrada, ove viveva, i suoi rapporti col legatario e con la sua propria famiglia, le sue affezioni, le sue antipatie, ecc. ecc. (3). Nulla è più certo, nulla è più legale, malgrado talune considerazioni di arresti, che sono andati troppo lontani negli sviluppamenti di una dottrina che non avevano d' applicare sotto di questo aspetto (4).

1462. Ma ogni volta, che si tratterà della forma dell' atto, quello che vi manca di essenziale, come una data o altra simile cosa, non potrà essere supplita, che attingendo nello stesso testamento e non altrove. Qui le pruove estrinseche sono senza valore, perchè in tutto quanto concerne le solennità il testamento deve bastare a sè stesso (5).

Articolo 970 — (895)

Il testamento olografo non sarà valido, se non è scritto per intiero, datato e sottoscritto al testatore; esso non è soggetto a verun' altra formalità (a).

SOMMARIO

1463. Il testamento olografo non era ammesso in dritto romano, e solo per eccezione una novella di Teodosio e di Valentiniano a qualche leg. e del Digesto hanno convalidato delle disposizioni olografe.
1464. Ne' paesi di consuetudine l' uso de' testamenti olografi era estesissimo. — L' ordinanza del 1629 tentò inutilmente di estenderli ne' paesi di dritto scritto.
1465. Si dimandava allora, se un individuo appartenente pel suo domicilio ad un paese di dritto scritto, poteva testare con la forma olografa, quando si trovava in un paese di consuetudine.
1466. Oggi il testamento olografo è praticato in tutte le parti della Francia.
1467. 1° Della scrittura del testamento olografo del testatore. — Conseguenza.
1468. Ma un' interlinea di mano straniera non vizierebbe il testamento, che in quanto fosse costante, ch' essa ne fa parte.
1469. La partecipazione di un terzo nel testamento, per esempio per dare un consiglio o ricordare una regola, non vizia il testamento.
1470. Sarebbe lo stesso della partecipazione di un terzo nel testamento di un cieco.
1471. La legge nelle tre condizioni, ch'esige per la confezione del testamento olografo, non è tanto rigorosa, quanto se si trattasse di un atto pubblico.
1472. Così il testamento potrebb' essere scritto o sottoscritto col lapis.
1473. Può essere fatto sopra più fogli anche de' fogli volanti.—Specie sottoposta alla Corte di Cassazione.
1474. Poco importa, che l' interlinee o le cassature siano o no state approvate dal testatore.
1475. L' uso della carta bollata non è necessario.
1476. Quid del testamento per lettere missive?—Era nullo sotto l' Ordinanza del 1735.
1477. Sotto del Codice bisogna decidere, che la lettera, che serba il carattere di una disposizione testamentaria, è valida.
1478. Per poter essere considerato come testamento olografo, lo scritto deve essere fatto col pensiero della morte.
1479. 2° Della data del testamento olografo. — La data sino all'ordinanza del 1735 non fu considerata come necessaria.
1480. Non è indispensabile, che la data comprenda l'enunciazione del luogo.
1481. La data può essere scritta in cifre.
1482. Deve essere scritta di mano del testatore.—Quid della data incerta.
1483. Quid dell' errore di data?
1484. Quest' errore può essere supplito? — Esempio.
1485. Altro esempio riferito da Dumoulin.
1486. Quello, che sembra di essere il risultamento di un errore, è talvolta il risultamento di una volontà meditata.
1487. La falsità della data equivale alla mancanza della data.
1488. L' inscrizione in falso non è necessaria per provare un errore o una falsità di data.
1489. Le rettificazioni nelle omissioni od errori di un testamento olografo non possono essere fatti, che

(1) Arresto inedito di Bourges de'23 luglio 1851. Il ricorso contro di questo arresto è stato rigettato dalla Corte di Cassaz. il 22 di giugno 1852, cam. de' ricorsi (Gaz. de'25 giugno 1852).
(2) Celso, l. 25., D, *De rebus dubiis*.
(3) Ulpiano, l. 50, § fin., D., *De legat.* 1°. Parigi 27 agosto 1811 (Dalloz. *luoc. cit.*, t. VI, p. 63) Cassaz., rig. 23 dicembre 1828 (D., 29, 1, 77). Pothier *su Orleans*, t. XVI, n. 23 e 154.
(4) *Sopra*, n. 1450.
(5) *Infra*, n. 1484.
(a) Uniforme a quest'articolo è l'art. 895 delle leggi civili. *Il traduttore.*

in quanto sono comandate dal contesto stesso del testamento.
1490. Le disposizioni addizionali sono presunte di riferirsi alla data apposta al corpo dell'atto.
1491. Il sito della data dell'atto è indifferente.
1492. Il testamento olografo fa fede della sua data. — Conseguenza.
1493. 3° Della sottoscrizione del testamento olografo. — Essa può essere separata dal corpo dell'atto con alcune linee in bianco.
1494. L'enunciazione de' nomi del testatore anche con un seguito di scrittura può essere considerata come sottoscrizione.
1495. Con qual nome il testatore deve sottoscrivere. — Il testamento di Massillon.
1496. La segnatura del nome di battesimo potrà secondo le circostanze essere ritenuta per sufficiente.
1497. È lo stesso della sottoscrizione con cattiva ortografia o poco leggibile, se l'identità del testatore è certa.
1498. Solennità del testamento olografo scritto datato e sottoscritto di mano del testatore. — Conseguenze. — Ma la scrittura non è meno una scrittura privata.
1499. Su chi cade in caso di negazione il peso di fare la verificazione della scrittura? — Distinzione. — Se il legatario è in presenza di un erede riservatario, spetta al legatario di fare la verificazione.
1500. Ma se il legatario universale in presenza di un erede del sangue non riservatario ha ottenuto l'immessione in possesso, o così si trova investito in virtù di un titolo, spetta all'erede del sangue la verificazione.
1501. Confutazione dell'opinione contraria.
1502. Un testamento nullo come mistico può valere come testamento olografo? — Rinvio.
1503. Poco importa la lingua nella quale il testamento è scritto.

COMENTARIO

1463. Il testamento olografo risale a degli usi antichissimi, che il dritto romano aveva incontrato nel suo cammino, e che gli erano sembrati degni di attenzione. Ed in effetti si vede nel codice Teodosiano una novella degli Imperatori Teodosio e Valentiniano, che volendo favorire l'erede di un certo Pelagio, il cui testamento era in questa forma, dichiarava ciò in un modo generale: *Ut quisque per olographam scripturam supremum maluerit ordinare judicium habeat liberam facultatem. Et si olographa manu testamenta condantur, testes necessarios non putamus* (1).

Questa novella dava intorno all'utilità del testamento olografo i più plausibili motivi. Un uomo spinto dal bisogno di esprimere le sue ultime volontà, non è sempre in circostanze di avere uffiziali pubblici e testimoni; d'altronde è facile per mezzo di assidue sorveglianze di impedire ad una persona di fare testamento, ma non è facile del pari di sorvegliarlo in modo da impedirle di fare un testamento olografo. Infine colui, che fa un testamento olografo, può meditarlo, leggerlo e rileggerlo, correggerlo, rifonderlo, rifarlo.

Malgrado queste eccellenti ragioni questa costituzione non ebbe il privilegio di essere generalmente osservata. Giustiniano non ne fa veruna menzione nel suo codice; vi deroga anzi in quanto vi bisogna, esigendo con la legge *Hac consultissima* l'assistenza dei testimoni anche pei testamenti scritti di mano del testatore (2). Nulladimeno la forma olografa fu autorizzata dalla novella 107 a favore del padre, che faceva tra i suoi figli la divisione dei suoi beni; (3) ma questa altro non era, che una eccezione, ed il testamento olografo non era ricevuto nel corpo del dritto.

È vero, che qualche legge del Digesto dichiara validi dei legati e dei fedecommessi contenuti in lettere missive o in scritti olografi (4). Ma si sa, che i legati ed i fedecommessi non costituivano un testamento, e che questo atto importante esigeva imperiosamente l'istituzione di erede, la quale mai poteva risultare da una scrittura privata. D'altronde la legge 8, §. 3, C., *De Codicillis* vietò di fare veruna disposizione di ultima volontà senza testimoni (5), anche dei legati e dei fedecommessi, benchè prima fossero talmente esonerati da formalità, che potevano farsi *etiam nutu* (6).

1464. I paesi di dritto scritto, servendo alle decisioni del dritto giustinianeo, non ammisero i testamenti olografi.

Ma non fu lo stesso nei paesi di consuetudine. Sia che l'uso, del quale il codice Teodosiano ha serbata la traccia, fosse dominante in questa parte delle Gallie, sia che il codice Teodosiano ve lo abbia introdotto, è certo, che il testamento olografo vi fu di buon ora popolare. Quasi tutte le consuetudini lo consacrano, e gli danno pure un colore di solennità eguale ai testamenti ricevuti dai pubblici ufficiali (7). « La forma del testamento per « fare intiera pruova, dice Coquille, è stata « diversamente ordinata dalle consuetudini, « ma quasi tutte concorrono sulla forma, che

(1) *Novell.*, lib. 2, tit. 4, *De testamentis*, V. Giacomo Gotofredo
(2) L. 21, C. Giust., *De testamentis*.
(3) Furgole, t. 1, cap. 2, sez. 2. Ricard. part. 1, n. 1481. Merlin, Repert. v. *Testamento*, p. 739. sez. 2, § 4, art. 1.
(4) L. 89, D., *De legat.*, 2.
(5) L. 22, C., *De fideicommis.* L. 21, D., *De legat.*, 3.
(6) Furgole, t. 1, p. 115, n. 11.
(7) Orleans, 289. *Antica consuetudine*, 227. Parigi 289. Niveroese, t. XXXIII, art. 13.

« è stata prescritta dalla consuetudine di Parigi « art. 289, che il testamento sia scritto per « intiero e sottoscritto di mano del testato- « re (1) ».

L'ordinanza del 1629 redatta sotto Luigi XIII dal Guarda-suggelli de Marillac tentò di estenderli nei paesi di dritto scritto, ma in questo punto come in molti altri non riuscì, ed il testamento olografo continuò ad essrvi ricusato. L'ordinanza del 1735 rispettò questo pregiudizio, e si contentò di serbare il testamento olografo nei paesi, nei quali vi si era affezionato a causa della sua comodità, della sua facilità, e delle gareotie di certezza e di riflessione, che presenta.

1465. Da qeesta varietà di legislazione nelle diverse provincie della Francia sorgeva una quistione molto controvertita e molto variamente risoluta dagli autori e dai tribunali; cioè se un iodividuo appartenente pel suo domicilio ad un paese di dritto scritto potesse testare coo la forma olografa quando si trovava in un paese di costumanza.

Molti pensavano, che la facoltà di testare nella forma olografa si regolava dalla legge del domicilio, e che per esempio un Tolosino testando in Parigi non poteva fare pei suoi beni situati in paese di dritto scritto, che un testamento con testimoni, a menochè non fosse una divisione tra figli. Questa opinione è insegnata da Ricard, il cui giudizio è così spesso erroneo (2), e tale era giedicato nel parlamento di Prevenza, come lo prova un atto di notorietà del Parquet di quella corte, riferito da Tonloubre (3). Il che sembrava tanto più verosimile, qunotochè il testamento olografo, essendo affrancato dalla necessità di contenere la data del luogo (come si vedrà or ora), è naturale di conchiuderne, che non à il luogo ove il testamento è fatto, quello, che può influire sulla facoltà di fare un testamento olografo.

Però l'opinione contraria trevava dei numerosi apologisti, che pensavano, la forma del testamento dipendere del luogo, ove si testa (*locus regit actum*), e che nulla impediva ad un individuo, domiciliato in pnese di dritto scritto, di fare un testamento olografo, se si trovava momentaneamente a Parigi. Molti arresti avevano deciso a tal modo, e per questa opinione si è pronunziata la corte di cassazione con molti arresti (4) (a).

1466. Il nostro articolo ha esteso il testamento olografo a tutta la Francia, ed è generalmente praticato oei paesi anticameote regolati dal dritto scritto, che ne hanno sentito i vantaggi. Questo prova essere molto più facile di quello, che si crede, il vincere certi pregiudizi. Basta di volerlo e di osarlo.

1467. La prima condizione richiesta per la validità di un testamento olografo è che sia intieramente scritto dalla mano del testatore. Da che siegue, che se il carattere del testatore si trovasse misto con un carattere alieno, il testamento sarebbe nullo per l'intiero. Peroechè allora non sarebbe nè solenne nè olografo. Non sarebbe solenne, perchè non vi sarebbe nè concorso del notajo nè concorso di testimoni; oon sarebbe olografo, perchè una mano straniera vi avrebbe lavorato, perchè non sarebbe scritto per intiero dalla mano del testatore, e perchè porterebbe la traccia di nna cooperazione straniera, ch'è contraria alla sua essenza, e gli toglie la spontaneità Epperò oon sarebbe valido sotto di niuno aspetto.

È stato pure giudicato da uo arresto del parlamento di Parigi del mese di marzo 1640 (5), che la nullità totale dovrebbe essere pronunziata, quando anche il carattere alieno non contenesse, che un rinvio marginale. Bisogna dire la medesima cosa nel caso, in cui delle aggiunte fossero scritte di mano straniera. Vi è dippiù, e Pothier insegna, che una sola parola, che vi fesse scritta di altra mano nel corpo dell'atto, renderebbe nullo il testamento, anche quando questa parola fosse auperflua (6). Ed in effetti questa parola sarebbe l'indizio della partecipazione di un terzo, participazione sempre sospetta, che priva il testamento olografo del carattere di libertà, d'indipendenza, di raccoglimento individuale, che n'è l'essenza.

1468. Nulladimeno osservate, che ende un interlinea scritta da aliena mano viziasse il testamento, bisognerebbe esser certo, che ne faccia parte, *puta* per l'approvazione, che il testatore avesse fatto dell'interlinea; altrimenti sarebbe in potore di un terzo, nel cui possesso cadrebbe il testamento, di distruggere

(1) *Instit. del Dritto franc.*, tit. *De testamentis.*

(2) Dissert. postuma io seguito dol suo tratt. doi *Dono manuale*. *Aggiungi* Boullonois. t. II, p. 78.

(3) P. 190.

(4) *Infra*, n. 1736. V. Merlin, Repert. v. *Testamento*, sez. 2, § 4, art. 1, p. 742 o seg.

(a) Non erano in uso presso di noi i testamenti olografi; osservavaosi invece lo disposizioni del dritto romaoo, di tal oho uo testameoto, comuuque noo pubblioo, se riuniva le formalità prescritte da quel dritto, ed cra comprovato dalla presenza di setto testimonii, valeva, perchè si dasse l'credità all'erodo scritto o nuncupato (De Rossa Prax. civ. cap. 3. n. 113).

Uaa Decretale di Alessaadro 3.ª stabilisce, che non ostanto le disposizicol del Dritto civile debba riputarsi valide ua testamento fatto io Presenza del Parroco o di due o tre testimonii. Io taluni tempi fu praticata tra noi quests forma di testamento, che si chiamava *canonica*, ma coo ragiona si disputava nel foro sulla sua legalità. Ed invero una disposiziona prestameote temporale emessa dal Papa nella sua qualità di Sovrano degli stati romaoi uon poteva essero di alcuoa efficacia in oo paose estero, c massimaocnte in una materia, che ha sempre destato le precipue coro del legislatore. Però se per inevitabile necessità si doveva ricorrere a quella forma specialo, si soleva soggettare il testamooto a termine ordiourio. *Il traduttore.*

(5) Merlin, Repert., v. *Testamento*, p. 747.

(6) *Donat. testam.*, cap. 1, § 2.

questo testamento, inserendovi qualche interlinea; il che non dev' essere.

1469. Sebbene la partecipazione di un terzo sia proscritta nella confezione di un testamento olografo, non bisogna nondimeno abusarne di questa verità, la quale si applica unicamente al caso, in cui questa partecipazione si manifesta nell' atto stesso della celebrazione con usurpazione di un ministero, che appartiene al solo testatore.

Così arriva ogni giorno, che un uomo di mondo, temendo d'ingannarsi sulla espressione legale delle sue ultime intenzioni, si fa dare un modello di testamento, e lo copia. Ciò è così legittimo, che usuale. Il terzo non ha fatto altro, che dare un consiglio e ricordare una regola, ed il testatore non è meno stato il solo ministro del testamento nel conformarsi.

1470. Ecco qualche cosa dippiù.

Un cieco può adoprare un soccorso officioso per regolare la sua scrittura; questa assistenza straniera è permessa onde possa conservare la misura e l'uguaglianza delle linee, posare la sua mano, farla avanzare e discendere, marcare i punti, e rinnovare l'inchiostro; sono questi dei soccorsi materiali, che non tolgono alla volontà del testatore la sua potenza indipendente. La terza persona, che presta il suo soccorso, non è che un agente secondario, meccanico, ed obbediente. Al contrario il testatore è il vero ministro dell'atto, egli vi pone l'opera sua, la sua azione riflettuta, la sua partecipazione personale e volontaria. Nè si potrebbe decidere il contrario, che se fosse stato interamente passivo, che se la sua mano fosse stata interamente condotta da una direzione straniera, e se per l' insieme dei fatti fosse provato di avere ricevuta una direzione come un istromento obbediente (1).

1471. Poichè il testamento olografo è stato stabilito per condiscendenza verso dei testatori ad oggetto di lasciare ad essi l'uso della forma più facile e più libera, non si esige certe severità, che sono richieste nella redazione degli atti pubblici, ma basta, che il testamento sia rivestito delle tre condizioni stabilite dal nostro articolo, perchè si sia fscile sul resto, se d'altronde la volontà del disponente si mostra senza ambagi.

1472. Così per esempio anche quando il testamento fosse scritto e sottoscritto col lapis, non sarebbe meno valido. Un uomo può per la sua professione per esempio un pastore, essere lontano dalle abitazioni, puole non avere inchiostro. Perchè gli sarebbe inibito di vergare le sue ultime volontà col lapis, che tiene? Basta che nel suo scritto v' incontri una espressione formale, un segno certo della adesione personale: *in tabulis aut cartis membraneis, vel in alia materia.* Uno scritto col lapis non è meno uno scritto;se è più fragile di uno scritto con l' inchiostro, se non è indelebile, non è meno provveduto di un sufficiente carattere di durata per provare nel momento della morte quale è stato il pensiero del defunto (2), e si avrebbe torto di compararlo ai caratteri fuggitivi tracciati sulla polvere. Non obliamo essere il testamento olografo il più libero, il più semplice il più spontaneo di tutti gli atti.

1473. Niente vieta, che il testamento olografo sia scritto sopra più fogli, e non è necessario sia sottoscritto o cifrato. Può pure essere scritto su due fogli volanti, purchè il loro legame possa essere stabilito per mezzo d' indicazioni ricavate *ex ipsomet testamento,non aliunde.*

La specie seguente si è presentata alla corte di cassazione ; ne ho conosciuto nella camera dei ricorsi, e mi è sembrata degna d' interesse.

Il signor Leyraud, allora deputato della Creuse, dimandava l' esecuzione di un testamento olografo fatto a suo favore da un signore Meunier, che lo istituiva suo legatario universale. Questo testamento era scritto sul *recto* di due fogli separati. Tutte le disposizioni erano scritte sul primo foglio, che era datato. Sul secondo foglio leggevasi: « Tali sono le mie « volontà testamentarie, che saranno, come « spero rispettate. Annullo ogni testamento, « che avessi potuto fare di data anteriore a « questa. Neris questo 29 luglio 1838. — « Sottoscritto ; Meunier s. Il signor Leyraud aveva riunito questi due fogli con due ostie, ed essi portavano le tracce di un violento stropicciamento.

Questo testamento fu fortemente criticato. Si trasse partito dalla sua forma singolare per sostenere, non essere altro, che un progetto ; si diceva, che il primo foglio non si legava al secondo con veruna legame necessario, materiale, grammaticale o intellettuale; che l' instituzione fatta nel primo, non essendo sottoscritta, era senza valore , nè poteva mantenersi che attaccandovi il secondo foglio , il quale poteva benissimo appartenere ad un diverso corpo di scrittura ; che niente impediva di supporre che un terzo foglio messo tra il primo ed il secondo non contenesse altre condizioni modificative. Lo stropicciamento della carta veniva in sostegno di questo sistema.

Ma le circostanze di fatto fecero escludere dalla corte di Limoges queste critiche molto plausibili in apparenza.

Ed in effetti tutto provava, che l' atto era stato scritto nello stesso momento, con la stessa penna, con lo stesso inchiostro, la stessa situazione di mano, gli stessi caratteri ; che vi era in conseguenza un insieme completo. Inoltre

(1) Nancy, 19 febbraio 1846. Cassaz., rig. del ricorso, sez. de' ricorsi 28 giugno 1847 (Devill , 48, 1, 216).

(2) Aix, 27 gennaro 1846 (Devill., 48, 2, 30). Coin-Delisle, art. 970, n. 23. Marcadé, n. 2, sull'art. 97o.

Digitized by Google

il primo foglio aveva come il secondo la data di Neris, il che fortificava il legame dei due corpi di scrittura. Infine il testatore aveva egli stesso rimesso l'atto al signor Leyraud, pel quale aveva della conoscenza e dell'affezione. Il carattere poi del signor Leyraud non permetteva di supporre l'esisteoza di un foglio intermedio, che fosse stato soppresso per frode.

Questi motivi fecero rigettare il ricorso con arresto della camera civile dei 21 di giugno 1842 (1).

1474. Quando il testamento olografo racchiude delle interlinee scritte dalla mano del testatore non è indispensabile di approvarle; il solo fatto di essere scritte dal testatore, le salva da ogni critica, poichè il testamento è l'opera sua, egli ne è il solo ministro, ed importa poco, che queste interlinee siano state messe dopo scritto.

È lo stesso delle rancellature; niente obbliga di approvarle Quello, che è cancellato, è tolto, perchè l'ultima volontà vi manca; tutto il resto sussiste.

Da ciò si vede, che le disposizioni della legge dell'anno XI sul notariato non sono applicabili ai testamenti olografi.

Ciò premesso, è chiaro, che se la cancellatura coprisse il nome del legatario o della cosa legata, la disposizione sarebbe viziata, perchè vi sarebbe pruova, che il testatore non ha voluto lasciarla sussistere « *Nihil interest inducatur quod scriptum est, an adimatur* (2) ».

1475. Un testamento olografo non ha bisogno di essere scritto sopra carta bollata: la corte di Nimes ha pure giudicato, che un testamento olografo scritto su di un libro di conti era valido (3) (a).

1476. Giusta l'articolo 3 dell'ordinanza del 1735 un testamento olografo fatto in forma di lettera missiva sarebbe stato nullo. Ed in effetti questo articolo conteneva: « Vogliamo, che le disposizioni, che fossero fatte per lettere missive, siano riguardate come nulle e di niun effetto. » Il legislatore probabilmente aveva pensato, che una lettera missiva non porta con se un carattere assai determinato per fare supporre, che il testatore abbia voluto collocare per iscritto la sua diffinitiva risoluzione (4).

1477 È lo stesso sotto il codice Napoleone? Questa quistione è stata controversita altra volta piucchè non l'è al dì d'oggi. Il signor Toullier pensa, che la disposizione dell'articolo 3 dell'ordinanza del 1735 non essendo stata ripetuta nel codice, si trova implicitamente abrogata, e che si può testare per lettere missive (5).

Il signor Merlin dopo di avere insegnato, che il testamento fatto in forma di lettere missive è nullo, è rivenuto da questa opinione, ed ha sostenuto con forza la validità di questo modo di disporre (6)

Da un altro lato il signor Bigot de Preameneau nell'esposizione dei motivi (7) dice formalmente che nello spirito del codice, « le disposizioni fatte verbalmente per segni o per lettere missive non sono ammesse. »

In quanto a noi non vediamo ciò, che potrebbe impedire di riguardare come testamento olografo una lettera missiva, che contenesse esplicitamente una istituzione di erede, e che del resto fosse scritta sottoscritta e datata di mano del testatore. Una così formale dichiarazione sarebbe una cosa diversa di una vaga testimonianza di affezione (8), ma invece l'esposizione di una volontà ben ferma e ben determinata.

Siamo poco scossi dall'opinione manifestata da Bigot, perchè spessissimo si trovano degli errori e delle contraddizioni nei discorsi degli oratori del governo. Consultiamo il buon senso e la verità, giacchè la loro risposta non è dubbia.

So bene, che l'ultimo stato della giurisprudenza romana aveva rigettato le disposizioni per mezzo di lettere (9) tranne la divisione del padre tra i figli(10). Nulladimeno è certo, che pel dritto delle pandette si potevano fare dei legati e dei fedecommessi per via di lettere(11). E se in prosieguo questa giurisprudenza cambiò, fu perchè si richiese maggiore solennità per queste specie di liberalità, e che niuna scrittura privata fu valida senza testimonii(12). Checchè ne sia si scorge, che nei punti speciali, nei quali il dritto romano ammette le scritture private, come le divisioni tra i figli, non esita di ammettere le lettere, come Giustiniano sovente lo ripete nella novella 107. Perchè sarebbe diversamente sotto il codice Napoleone, che non le proscrive? Basta, che siano precise, formali, e dispositive. Dippiù questo è oggi generalmente ricevuto nella pratica, e questa quistione non si fa più, che nei libri(13),

(1) Devill., 42, 1, 577, 578.

(2) L. 16. D. *De adim. legat Pand.* di Pothier, t. II, p. 431). n. 10.

(3) 20 gennaio 1810 (Dalloz, t V, p 633, 634).

(a) Un decreto de' 5 di ottobre 1818 dispone, che i testamenti olografi possono essere scritti in carta comune, ma che gli eredi ed i legatari non potranno farne uso, se non siano prima vistati per bollo e registrati, pagandosi il solo dritto senza multa veruna. *Il trad.*

(4) Pothier su *Orleans*. Introd. t. XVI, n. 9. Furgole, 2, 7, 20.

(5) Toullier, t. V, n. 378.

(6) Repert., t. XVII, v° *Testamento*, p. 660, col. 1, art. 5.

(7) Fenet, t. XII, p. 543.

(8) L. 17, D., *De jure codicil.* (Paolo) .... « *Literae quibus hereditas promittetur, sed animi affectus exprimitur, vim codicillorum non obtineat,* »

(9) *Sopra*, n. 1463.

(10) Novella 107.

(11) *Sopra*, n. 1463.

(12) *Ibid.*

(13) Colmar, 5 aprile 1824 (Dalloz, 25, 2, 61).

Digitized by Google

poichè nel foro non v' ha controversia, che sul carattere dispositivo o no delle lettere, che si producono come testamento (1).

1478. Ciò ci conduce a dire di una maniera più generale, che qualunque scritto, lettera o altro, che si presentasse come contenente le ultime disposizioni di un individuo, non potrebbe essere considerato come testamento olografo, che se si riferisse ad un'epoca posteriore alla sua morte, che se fosse fatto in vista della morte, in una parola nell'intenzione di testare.

Senza di questa intenzione manifestata l'atto dovrebbe essere considerato come contenente una donazione tra vivi. Sentiamo Voet: « *Nec esse videtur, ut aliqua in donando mortalitatis mentio fiat* (2) ». Nel dubbio si presume, che la donazione è tra vivi piuttosto che a causa di morte, poichè la parola donare è propria della donazione, e solo imperfettamente si adopera nelle donazioni a causa di morte. Menochio (3) insegna discretissimamente questa dottrina: « *Cum nulla mortis mentio facta est in donatione, illa censetur donatio inter vivos, sicut omnes scribunt: et quando vere sumus in dubio, praesumitur potius donatio inter vivos, quam causa mortis. Extenditur haec sententia, ut habeat locum, etiam quando ab infirmo et aegrotante facta est; nam si nulla facta est mortis mentio, praesumitur inter vivos.* » Tale è pure il parere di Furgole (4), e bisogna seguirlo, guardandosi però dall' esagerarlo.

Da ciò siegue, che l' atto, di cui parliamo, non essendo un testamento, perchè non avrebbe relazione alla morte, non potrebbe valere neanche come disposizione tra vivi, perchè non sarebbe rivestito delle solennità volute dalla legge. Il che è stato giudicato da un arresto della corte di cassazione, renduto sulle conformi conclusioni del signor Merlin il 6 termidoro anno 13 (5).

Un altro arresto dei 5 di febbraio 1823 ha corroborato questa giurisprudenza, rigettando il ricorso contro un arresto della corte di Caen degli 11 di luglio 1820, che aveva deciso che una carta scritta datata, e sottoscritta di mano dal signor Herbert, e che conteneva queste parole: « Dono a Maria Caterina Lefrançois, tutto quello che posseggo », non era un testamento, dapoichè nulla indicava, che quest'atto avesse relazione alla morte, quantunque il testatore fosse morto quattro giorni dopo di averlo scritto. Tutto è pel presente. Il soscrittore dona attualmente e non pel tempo, in cui non esisterà più (6).

Ma se lo scritto contiene qualche parola, che ha relazione alla morte, si fanno prevalere altre idee. Così uno scritto, il cui autore dichiara di donare i suoi mobili alla sua domestica « *se è ancora al suo servizio in tempo della sua morte* », è un testamento (7).

1479. La seconda condizione richiesta onde il testamento olografo sia valido, è che sia datato (8). La data è una circostanza importante da conoscersi, nulladimeno si vede da un frammento del Giureconsulto Modestino, che presso i Romani la data non era indispensabile: « *Cum in testamento dies et consul adiecti non sunt, nihil nocet quominus valeat testamentum* (9) ». Nonpertanto differenti testi provano, che l' uso era di datare gli atti testamentari (10), e la novella 117 esige espressamente la data nei testamenti dei padri tra i loro figli.

Si pensava generalmente altra volta, che la data non fosse necessaria nei testamenti olografi, e le consuetudini richiedevano soltanto la scrittura e la sottoscrizione del testatore (11). Ma checchè ne dica il signor Toullier, era una imprevidenza da parte loro, perchè la data è utilissima per valutare le circostanze del testamento, la capacità del testatore nel momento della confezione, la sua integrità di mente. Dumoulin parla di un testamento olografo, la cui data gli servì a scoprirne i vizi (12), e Ricard assicura, essersi lo stesso fatto presentato a lui nella sua pratica (13); così l' art. 38 dell' ordinanza del 1735 richiese, che il testamento olografo contenesse per l' avvenire la data del giorno del mese e dell' anno (14).

1480. Questa ordinanza, come si vede, non parla del luogo, e la giurisprudenza era, che non si poteva attaccare un testamento olografo sotto pretesto di omessione nella data del luogo ove era stato redatto.

Deve essere lo stesso sotto il codice Napoleone? Sì senza alcun dubbio, dapoichè se altre volte non si teneva alla enunciazione del luogo, benchè il testamento olografo fosse vietato in

(1) Bruxelles, 16 agosto 1807 (Dalloz, t. V, p. 625). Cassaz., rig., 24 giugno 1828 (Devill., 9, 1, 116).

(2) *Ad Pand.*, *De mortis caus. donat.*, lib. 39, tit. 6, n. 1.

(3) *Praesumpt*, 3, 36.

(4) T. I, cap. 14, n. 8.

(5) Repert., v. *Testamento*, p. 748.

(6) Dalloz, 23, 1, 64. Merlin, Repert. v° *Testamento*, t. XVII, p. 734.

(7) L. 75, D., *De legat.*, 2. L. 77, § 26, D., *eod. titulo*. Nimes 25 aprile 1811 (Dalloz, t. 5, p. 623). Aix 25 agosto 1825 (Dalloz, 25, 2, 179. Devill., 8, 2, 134). Grenoble, 18 luglio 1838 (Devill., 39, 2, 138).

(8) DATA viene dalla vecchia parola *datum*, con la quale altre volte si terminavano gli atti: « *Datum die*, » dato nel tal giorno nel tal mese.

(9) Questo frammento, di cui parla Cuiacio sulla legge 20, D, *Qui testam. facere poss.*, gli era stato comunicato dal suo dotto amico Pietro Pithou.

(10) Ulpiano, l. 2, § 6. D., *Quemad. test. aperiantur*. L. 3, C, *Quemad. test. aperiantur*. Ciceron, 13, *Ad fam.* 29.

(11) *Consuetudine di Parigi* 289. *Consuetudine d' Orleans*, 289.

(12) *Consuetudine di Parigi*, § 96. n. 5.

(13) 1ª parte, n¹ 1536 e seg.

(14) *Infra*, n. 1723.

certe provincie, quanto con più forte ragione non deve essere lo stesso sotto il codice Napoleone, che autorizza il testamento olografo in tutta la Francia, e rende per questo stesso inutile di sapere, se è stato fatto in tal luogo o in tal altro? Vi è dippiù, ed è, che anche quando il testamento olografo fosse stato fatto in paese straniero,ove questa forma è vietata, non sarebbe meno valido in Francia (art. 999 codice Napoleone (a)), per lo che l'indicazione del luogo sembra poco essenziale.

Per verità la parola datare abbraccia ordinariamente l'enunciazione del luogo, ma l'ordinanza del 1735 aveva fatto eccezione a questa regola pei testamenti, ed il codice Napoleone mostra col suo silenzio di non avere voluto innovare su tale riguardo. Si può anche dire, che nel linguaggio delle leggi la parola datare si riferisce unicamente al tempo (articolo 42, 62, 1328, 1332, 1350, 2148 codice Napoleone. 18, 84, 110, 441 codice di commercio (b)) (1).

1481. La data può essere scritta in cifre, sebbene sia meglio di scriverla in lettere (2).

1482. La data facendo parte del testamento, e spettando alla sua solennità, deve essere scritta di mano del testatore come il corpo dell'atto.

Se la data fosse incerta, non dubbio, che il testamento sarebbe nullo, perchè *idem est non esse et non apparere* (3).

Non si considera come data incerta questa: « Fatto il venerdì santo 1850 » — o « fatto il primo giorno dell'anno » — ovvero « fatto la vigilia di Natale » Queste date sono evidentemente certe. La pluralità delle date non è neppure una causa d' incertezza, giacchè il testamento ha potuto essere redatto in più giorni.

Ma una sovrapposizione di data, che impedisse di vedersi, la cifra vera, farebbe librare su questo punto un'incertezza, che produrrebbe la nullità.

1483. L'errore della data è comparabile all'incertezza, ma quando si pretende essere la data erranea, non si può provarlo, che per mezzo dello stesso testamento (4).

1484. L'errore della data può supplirsi per mezzo d'induzioni o di ogni altra maniera, purchè la rettificazione sorga dallo stesso testamento (5). Per tal motivo un arresto del Parlamento di Parigi ha dichiarato valido un testamento datato del martedì 9 maggio 1736, benchè il martedì fosse l'otto. Del pari un altro arresto ha confermato un testamento, che portava la data dei 21 luglio *mille sette sessantaquattro*. Si considerò come senza conseguenza l'omessione della parola *cento*, che si supplì con le circostanze fornite dal testamento.

1485. A questo proposito ricarderemo quello, che racconta Dumoulia (6) cioè, che dopo la morte del signor Gilbert, consigliero nel Parlamento di Parigi, errivata il 9 di agosto 1546, si trovò nella sua biblioteca un testamento datato del mese di *ottobre* dello stesso anno. « Fui consultato su questo testamento, « dice questo gran giureconsulto, o pensai « che fosse nullo, perchè essendo la data po« steriore alla morte, si doveva presumere, « che l'intenzione del testatore era stata di « non testare prima del tempo,che designava, « *non intendebat ante testari* ».

1486. Questo prova quanto si debba essere circospetto in simile materia, dappoichè quello, che talvolta si è inclinato a prendere per un errore, può essere il risultamento di una volontà deliberata. Non vi ha errore propriamente detto, che quando l'enunciazione è il fatto evidente dell'inavvertenza, dell'oblio, dell'azzardo, ed allora soltanto la rettificazione può aver luogo.

1487. Se la data incerta od erronea vizia il testamento, a più forte ragione il testamento è nullo, se la data è falsa. La falsità della data equivale alla mancanza della data, ed ha pure maggiori inconvenienti (7).

La carta bollata, sulla quale il testamento olografo è scritto, può servire a provare la falsità della data. Se per esempio è provato, che questa carta non ancora era stata messa in circolazione nell'epoca, nella quale il testamento è stato scritto, risulterebbe da ciò una pruova di falsità (8).

1488. L'inscrizione in falso non è necessaria per provare un errore o una data falsa(9). Non vi è falsità nel momento, che è provato e non contrastato,essere stato il testamento scritto per intiero, datato, e sottoscritto dal testatore.

1489. Abbiamo detto or ora di passaggio, che le omessioni, gli errori, le inavvertenze possono essere supplite o rettificate da pruove tratte dallo stesso testamento. Questo è fonda-

(a) Art. 925 delle leggi civili. *Il traduttore*.

(b) Art. 44, 65, 1282, 1286, 1304, 2042 leggi civ. 27, 79, 109. 433 Cod. di Commercio. *Il tradut.*

(1) Cassaz., 6 gennaio 1814. Nimes 20 genn. 1810 (Dalloz, t. V, p. 633 e seg.). Merlin, Repert., v. *Testamento*, p. 600).

(2) Pothier *su Orleans*, t. XVI, n. 8. Merlin, v. *Testamento*, p. 595. Nimes, 20 gennaio 1810 (Dalloz, t. V, p. 633).

(3) Merlin, Repert, v° *Testamento*, t. XVII, p.666.

(4) Douai, 25 aprile 1845 (Devill., 45, 2, 463). *Sopra*, n. 1462.

(5) Merlin, Repert. v. *Testamento*, sez. 2, § 1, art. 6, n 3. Toullier, t. V, n. 361. Grenier, n. 228 *bis*. Duranton, t. IX, n. 39.

(6) *Sopra Parigi*, § 96.

(7) Merlin, Repert., v° *Testamento*, t. XVII, p. 668, n 10. Bruxelles, 4 dicembre 1824 (Devill., 7, 2, 453).

(8) Cassaz, 4 gennaio 1847 (Devill., 47, 1, 357). Bruxelles. 4 dicembre 1824 (Devill., 7, 2, 453).

(9) Cassaz., 1 marzo 1832 (Devill., 32, 1, 265). Bruxelles, 4 dicembre 1824 (Devill. 7, 2, 455).

Digitized by Google

mentale in questa materia. Tutte le presunzioni, che vengono *aliunde*, non hanno veruna forza, ma quelle sole si ammettono, che il testamento fornisce nel suo contesto. « *Ex propriis* « *verbis testamenti*, dice Menochio, *ex ver-* « *bis scriptis in testamento non extrinsecus* (1) ». Nè vi è dottrina più certa (2) e più utile da osservarsi (3).

Il perchè un certo Deranes avendo lasciato un testamento datato del 1841, nel quale non vi era nè l'indicazione del giorno, nè quella del mese, questo testamento è stato dichiarato nullo, perchè non vi si poteva supplire con l'istesso testamento (4).

Al contrario ogni volta, che il testamento ha offerto dei mezzi da riparare l'errore o la omessione, i giudici non hanno esitato ad appigliarsi a queste pruove intrinseche (5). La giurisprudenza offre molti esempi di questo punto di dritto, perchè io voglia passorli in rivista, e mi contenterò di riferirne un solo.

Rousca, dipintore di stanze, dopo di avere lasciato il suo commercio, si ritirò a Marolles con sua moglie. Questa morì il 28 di dicembre 1849. Immediatamente Rousca sorte dalla stanza mortuaria, passa in una stanza vicina, vi prende un fucile, e sa'e nell'appartamento superiore; meno di un'ora dopo uno scoppio si fa sentire. Rousca si era ucciso. Questo suicidio fu nel momento constatato. L'autorità interviene, e si trovò sulla tavola una lettera diretta al Sindaco di Marolles. Era un testamento olografo, testamento non datato, col quale Rousca disponeva della sua fortuna ammontante a 12 mila franchi, a favore di sua sorella e di sua nipote.

Siccome il testamento non era datato, i fratelli di Rousca, eredi naturali, ne dimandarono la nullità. Ma l'atto conteneva una enunciazione, che ne precisava il momento con tanta certezza, che se fosse stato datato; cioè che Rousca dimandava al suo esecutore testamentario di farlo seppellire con sua moglie.

Così la corte di Parigi (prima camera) decise con arresto dei 5 di aprile 1851, che giusta le circostanze e le enunciazioni del testamento la data ne era circoscritta nell'ora, che era decorsa tra la morte della moglie di Rousca ed il suicidio del testatore (6).

1490. Le disposizioni addizionali si presumono facilmente di riferirsi alla data apposta nel corpo dell'atto (7). Si deve supporre, che siano state aggiunte subito dopo le prime disposizioni, e questa presunzione diviene tanto più forte, se le disposizioni principali ed addizionali hanno un legame (8).

Se tra le disposizioni addizionali le une sono datate, le altre non lo sono, bisogna esaminare, se le disposizioni non datate non ricevono una data virtuale dalla loro relazione con le parti datate (9). In questa materia l'interpretazione è la legge sovrana, purchè abbia la sua base nello stesso testamento, nè bisogna lasciarsi dominare dalle idee di un formalismo esagerato (10).

1491. Da ciò siegue, che il luogo della data nell'atto è indifferente, può essere nel principio o nella fine o altrove nel contesto del testamento. Basta, che preceda la sottoscrizione, o che per lo meno sia messa in modo da essere certificata dalla stessa sottoscrizione. Come esempio delle miserie della giurisprudenza, potrei dire, che si è molto discusso, se una data messa di sotto o accanto della sottoscrizione sia valida (11). In fine è stato riconosciuto, che una data apposta al di sotto della sottoscrizione, vale a dire non in direzione di essa ma in direzione della cifra era buona, quando appariva essere stata scritta con la stessa penna, con lo stesso inchiostro, con la stessa mano, e senza intervallo (12). L'equità approva questa decisione conforme a degli usi, che si sono stabiliti nella forma epistolare delle genti di mondo, e si è sorpreso dei rigori eccessivi, verso dei quali delle menti troppo miticoluse si sono lasciate talvolta trascinare da un sentimento di disfavore contro dei testamenti.

1492. Il testamento olografo fa fede della sua data (13); ed in effetti è così solenne come il testamento autentico in questo senso, che porta con se la pruova di quello che contiene. È una vera legge, che comanda all'avvenire. Il testatore è messo in qualche modo all'elevazione di un officiale pubblico, che imprime la certezza all'atto, di cui è il ministro.

Il perchè se la data del testamento olografo è anteriore all'interdizione del testatore, non si potrà sostenere di essere stato antidatato, tranne che non vengano somministrate delle pruove certe di questa antidata. Laonde nel

(1) *Praesumpt*, VI. 19, 7.

(2) Mantica, *De conject. ult. vol.* 3, 19, 18. Furgole, 5, 4, 18. Ravez, *Consultazioni* (Devill., 43, 2, 469).

(3) Cassaz., 26 dicembre 1832. Cassaz. 9 mag. 1833 (Devill. 33., 1. 11, 527). Cassaz, 5 gennaio 1839 (Devill., 39, 1, 433). Rouen, 14 aprile 1847 (Devill., 48, 2, 447)

(4) Cassaz., 3 marzo 1846 (Devill., 46, 1, 565).

(5) Cassaz., 19 febbraio 1818 (Devill., 5, 1, 435). Cassaz., 12 giugno 1821 (Devill., 6, 1, 453). Cassaz., 2 marzo 1830 (Devill., 9, 1, 461. (Cassaz., 3 gennaio 1838 (Devill., 38, 1, 282.) Cassaz., 6 febbraio 1843 (Devill., 43, 1, 214).

(6) *Gazzetta de' tribunali*, 6 aprile 1851.

(7) Cassaz., rig., 2 febb. 1807 (Dalloz, t. V, p. 636).

(8) Metz, 10 luglio 1816 (Dalloz, t. V, p. 636 e 637).

(9) Cassaz., 7 marzo 1808 (Dalloz, t. V, p. 636).

(10) Merlin, Repert., v. *Testamento*, t. XVII. p. 737 e seg.

(11) Merlin, Repert., v. *Sottoscrizione* e v. *Testamento*, t. XVII, p. 737. Liège, 22 febbraio 1812 (Devill., 4, 2, 43).

(12) Cassaz., 9 maggio 1825 (Dalloz. 25, 1, 314). Parigi, 13 agosto 1818 (Devill., 5, 2, 553). Bordeaux, 12 gennaio 1825 (Devill., 8, 1, 5.) Cassaz., rig., rig., 11 maggio 1831 (Devill., 31, 1, 189).

(13) Cassaz., 29 aprile 1824 (Dalloz., 24, 1, 191).

Digitized by Google

concorso di un testamento autentico e di un testamento olografo posteriore, che lo rivoca, si starà a questo ultimo testamento, come quello, che fa fede del suo contenuto.

Per verità il carattere del testamento olografo è soggetto a verificazione, come più basso diremo (1), ma riconosciuto una volta, fa pruova intiera (2). La legge sarebbe in contraddizione con se medesima, se nell' ordinare da una parte, che il testamento olografo sia datato, volesse dall'altra, che facesse fede della sua data soltanto dal giorno, in cui, come tutti gli altri atti sotto firma privata, ha acquistato data certa per la morte del testatore o pel registro. Varrebbe lo stesso, che dispensare il testamento olografo dalla formalità della data.

Abbiamo detto, che prima dell' ordinanza del 1735 si pensava comunemente, che il testamento olografo non doveva essere datato; sotto di questa giurisprudenza non prendevo data, che dal giorno della morte del testatore.

Perchè l' ordinanza del 1735 fece della data una formalità dei testamenti olografi? Perchè si considerò essere indispensabile di sapere a qual epoca il testatore aveva testato per giudicare della sua età e della sua capacità, epperò si ammise necessariamente in questo sistema, che l' indicazione di questa epoca fatta dal testatore doveva meritare piena fede. D'altronde come si può con un poco di riflessione assimilare sotto questo rapporto un testamento olografo ad un atto ordinario di scrittura privata e di porlo sotto l' impero della disposizione dell' art. 1328 del codice Napaleone? (a) Si vorrebbe per esempio, che il testatore facesse registrare il suo testamento per dargli una data certa? Si vorrebbe, che egli pubblicasse il segreto delle sue volontà, quando precisamente la legge ha creato la forma olografo per dare ai cittadini il mezzo di tenere occulte le loro ultime volontà? Così gli sforzi, che in questi ultimi tempi sono stati fatti per sostenere, che il testamento olografo non faceva fede della sua data, sono venuti a frongersi contra la saviezza degli arresti e la sagacità dei magistrati (3).

1493. La terza ed ultima formalità richiesta nel testamento olografo è che sia sottoscritto di mano del testatore; la sottoscrizione rende perfetto il testamento olografo, e serve ad attestare, che tutto quello, che l' atto contiene, è l' opera del disponente. Il che fa dire a Pothier (4): « La sottoscrizione deve essere nella « fine dell' atto, perchè ne è il complemento e « la perfezione. Laonde se il testatore avesse « dopo e sotto della sua sottoscrizione scritto « di sua mano qualche disposizione, che non « avesse sottoscritta, questa disposizione non « sottoscritta sarebbe nulla (5). »

Niente vieterebbe, che la sottoscrizione fosse distaccata dal corpo dell' atto in modo da esserne separata da un intervallo in bianco più o meno grande.

1494. L'enunciazione dei nomi del testatore verso la fine dello scritto, qualificata testamento olografo, può essere considerata come una sottoscrizione, quando è messa dopo tutte le disposizioni costitutive del testamento Poco importa, che dopo di questa enunciazione del nome, vi sia ancora un seguito di scrittura, che si lega alle disposizioni testamentarie, se le parole, che sieguono, possono essere giudicate soprabbondanti ed inutili (6).

Che se l' atto fosse così terminato: « Fatto e « sottoscritto da me, Michele Francesco Falla « della comune di Lucin, cantone di Hollo- « gne; questo 2a dicembre 1809, » il testamento sarebbe evidentemente nullo, perchè mancherebbe di sottoscrizione. Nè il testatore avrebbe fatto dippiù, se avesse detto « io sot- « toscritto Michele Francesco Falla ecc. »; perchè il suo nome non si presenterebbe come sottoscrizione, ma come complemento di una proposizione in mezzo della quale si trova; questo nome messo prima della data, lascerebbe la data senza sottoscrizione. Infine sarebbe stato apposto non per chiudere il testamento, ma per completare una frase, il cui unico scopo sarebbe stato di annunziare l'intenzione di sottoscrivere. Così ha giudicato la corte di Liège con arresto dei 22 di dicembre 1812 (7).

1495. Con qual nome il testatore deve sottoscrivere? L'art. 211 dell' ordinanza del 1629 ingiungeva di sottoscrivere gli atti e contratti coi nomi di famiglia e non con quello dei feudi o signorie a pena di nullità, ma si sa, che questa ordinanza non fu mai seguita dai parlamenti. La legge dei 23 di giugno 1790 ordinò, che verun cittadino potesse prendere altro nome, che quello della sua famiglia, e comunque questa legge non ripete la pena irritante della ordinanza del cancelliere Marillac, il sig. Toullier pensa, che la sorte di un testamento potrebbe essere compromessa, se il testatore non segnasse col suo vero nome, che è il nome di famiglia, e se sottoscrivesse con un nome di una tenuta o altro. Ma sono queste delle

(1) N° 1498.

(2) Ricard, part. 1ª, n. 1561 o 1569. V. nondimeno Furgole, t. III, p. 409.

(a) Art. 1282 delle leggi civili. *Il tradut.*

(3) Merlin, Repert., v. *Testamento*, p. 755, e t. XVII, *cod. verb.*, p. 792, *et etiam*, Quist. di dritto, *cod. verb.*

(4) *Donaz. testam.*, p. 299. e *su Orleans*, t. XVI, n. 8.

(5) Combinate questo col nostro numero 1491, che vi è la benigna interpretazione.

(6) Rennes, 20 aprile 1812. Cassaz., 20 aprile 1813 (Devill., 4, 1, 332).

(7) Merlin, Repert., v° *Sottoscrizione*, t. XVII, p. 586, col. 1.

Digitized by Google

frivole asserzioni, e questa quistione è più chiara del giorno. Il testamento è valido, purchè sia sottoscritto col nome, che faceva conoscere il testatore, mentre viveva (1).

È vero, che il signor Grenier esita, alquanto spaventato dall' istoria divenuta famosa della causa di nullità intentata contra il testamento di Mossillon, vescovo di Clermont, che aveva sottoscritto secondo l' uso dei vescovi, ✠ *J. B. Vescovo di Clermont*. Il signor Grenier (2) ci apprende, che i primi giudici si dichiararono per la validità, e che sull' appello si transigè. Ma lo si volle. I nomi sono stati messi in uso per designare gl' individui e constatare la loro identità: « *Nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt* (3). » Se dunque il nome, che un individuo appone al piede di un atto di ultima volontà, è quello, sotto del quale è stato conosciuto nella società, quello, che è sempre servito a distinguerlo dagli altri individui, l'atto sarà sottoscritto, e lo scopo della legge adempito, ancorchè questo nome sia un nome di una tenuta, un sopranome, o un nome di convenzione (4); perchè la sola cosa da vedersi è se l' individuo sia identificato. Ogni sottoscrizione, che conseguirà questo obbietto serà valido, ed una regola contraria sarebbe arbitraria ed inetta (5).

1496. La corte di Corsica ha pure giudicato sulle nostre conformi conclusioni, che un testamento segnato col nome del battesimo di un individuo era valido, perchè questo individuo non era chiamato dai suoi concittadini, che col nome di battesimo (Pasquale) giusta l' uso dei paesani corsi, che sono designati soltanto coi loro prenomi di battesimo, ed omettono intieramente i loro nomi di famiglia. Nella specie non vi era verun dubbio sull' identità dell' individuo, che tutte le parti convenivano, essere un certo *Pasquale Perinetti*, che veniva designato con questo nome e prenome nel corpo dell' atto.

1497. La mancanza di ortografia nella sottoscrizione dell' individuo non potrebbe nuocere in verun modo alla validità del testamento, purchè l' identità non lasciasse dubbi. Il signor Merlin (6) ha ricordato due arresti, l'uno del parlamento di Fiandra, l' altro del parlamento di Parigi, che hanno giudicato validi dei testamenti, nei quali si vedeva il nome Costantino scritto Costantino, ed il nome *Delau* scritto *Delooz*.

Sarebbe lo stesso, se la sottoscrizione, comunque poco leggibile o mal conformata, come talvolta avviene nella malattie, lasciasse nulladimeno al Giudice la possibilità di riconoscere, che il testatore ha voluto scrivere il suo nome (7).

1498. Il testamento olografo così scritto datato e sottoscritto di mano del testatore, è perfetto, e non è soggetto ad alcuna altra formalità. Vale come atto pubblico (8) e solenne (9). Fa fede della sua data, come più sopra abbiamo detto (10), ed è talmente solenne, che il riconoscimento di un figlio naturale (11) vi è validamente fatto (12). Nonperò la scrittura non è meno scrittura privata (art 999); e poichè giusta l'art. 1324 del codice Napoleone (a) ogni scrittura privata dev' essere verificata, quando la parte, alla quale si oppone dichiara di non riconoscerla, ne siegue che il testamento olografo non fa fede che (b) sino all'inscrizione in falso, e che è soggetto a verificazione come tutti gli altri atti sotto firma privata, malgrado quello, che Furgole ha potuto dire a tal riguardo (13). Tale era l'opinione nella antica giurisprudenza. « Il testamento olografo è soggetto a verificazione » dica Bourjon (14), e così hanno giudicato degli arresti in grandissimo numero (15).

1499. Ma a carico di chi ricade il peso di fare questa verificazione? Spetta forse al legatario istituito a farvi procedere? Spetta forse per lo contrario agli eredi del sangue? Si è

(1) Cassaz, 23 marzo 1824 (Devill., 7, 1, 420).

(2) N° 244.

(3) Instit., *De leg.*, § 29. Giuliano, l. 8, § 2, D., *De bon. poss. secund. tab.* Gord., c. 4, C., *De testam.* Florent., l. 34, D., *De cond. et demonst.*

(4) Vedete un arresto della corte di cassazione dei 23 di marzo 1824, che rigettando il ricorso contro un arresto della corte di Pau, ha dichiarato valido il testamento di Giuseppe Giacomo Loiseau, vescovo di Bayonne, ch' era segnato con le iniziali dei suoi due prenomi, preceduti da una croce, e seguiti da queste parole *Vescovo di Boyonne*. Questa specie è la stessa di quella, che ha dato luogo alla causa relativa al testamento di Massillon. La corte di cassazione si è fondata sul motivo, che la sottoscrizione messa nel basso del testamento controverso è quella, che il vescovo di Bayonne adoprava abitualmente in tutti gli atti, che sottoscriveva (Devill., 7, 1, 420). Merlin, Repert., v° *Sottoscrizione*, t. XVII, p. 584, col. 1. n. 2.

(5) Parigi, 7 aprile 1848 (Devill., 48, 2, 217). Bourges, 19 agosto 1824 (Devill., 7, 2, 428).

(6) Repert., v° *Sottoscrizione*, § 3, art. 4, p. 634 e seg.

(7) Merlin, *loc. cit.*

(8) Orleans, 30 dicembre 1847 (Devill., 48, 2, 296).

(9) *Consuetudine d'Orleans*, art. 289.

(10) Douai, 15 aprile 1845 (S. Devill., 45, 2, 463). Nancy 15 luglio 1843 (Devill., 43, 2, 469) Cassaz., 11 giugno 1810 (Dalloz, t. V, p. 631).

(11) N° 1492.

(12) Cassaz., rig., 3 settembre 1806 (Devill., 2, 1, 285). Merlin, Repert., v° *Filiazione*, n. 3, e Toullier, t. VII, n. 953. Nondimeno, v. Cassaz., 7 maggio 1833 (Devill., 33, 1, 355, e Chabot sull'art. 756 e Duranton, t. II, p. 213.

(a) Art. 1278 delle leggi civili. *Il tradut.*

(b) Questa parola *che* manca nel testo, ma ci sembra indispensabile per stabilire il vero senso della frase.

Il traduttore.

(13) Cap. 2, sez. 6.

(14) *Dritto comune*, t. II, p. 203, tit. 9. part. 2, cap. 1. sez 1, n. 3. Pothier *su Orleans*, t. XVI, n. 10.

(15) Colmar, 12 luglio 1807 (Devill., 2, 2, 276). Bruxelles, 21 giugno 1810 (Devill., 3, 2, 292). Cassaz. 13 novembre 1816 (Devill., 5, 1, 246).

Digitized by Google

molto dissertato su di ciò, e malgrado degl'imponenti arresti della Corte di cassazione, la controversia non è finita (1).

Distinguiamo tali casi, onde non trovare in questo miscuglio opinioni contrarie. E dapprima supponiamo, che il testatore abbia egli stesso depositato il suo testamento presso di un notajo, e riconosciuto nel depositarlo di essere scritto per intiero di sua mano. In simile caso il carattere è riconosciuto (2), e non vi è luogo neppure a verificazione (3).

Andiamo più lontano, e supponiamo, che il testamento olografo non abbia ricevuto in vita del testatore questo suggello di certezza.

È dapprima evidente, che quando il legatario si presenta ad un erede riservatario per dimandare l'effetto del testamento, la sola non ricognizione di quest'erede basta per arrestare il legatario, paralizzare il suo titolo, ed obbligarlo a prendere l'iniziativa della verificazione. Il legatario è necessariamente obbligato di dimandare il rilascio all'erede riservatario. Egli è sempre attore a riguardo di costui. Niente lo pone al di fuori de' principi del dritto comune relativi alla verificazione della scrittura e della regola *Incumbit onus probandi ei, qui dicit.*

Sin qui niuna difficoltà possibile.

1500. Ora mettiamo il legatario universale in presenza di un erede del sangue non riservatario.

Si vedrà per l'art. 1008 del Codice Napoleone (a), che il legataria universale in virtù di un testamento olografo o mistico è tenuto di farsi immettere in possesso con un' ordinanza del Presidente (4). Quest' ordinanza d' immessione in possesso è stata prescritta dalla legge per dare al testamento olografo o mistico l' esecuzione parata, che gli manca; essa ha per iscopo di unire al possesso di dritto (articolo 1004(b)), il possesso di fatto, il possesso effettivo, che il legatario non potrebbe prendere in virtù di un atto, che malgrado la sua solennità, è nonpertanto un atto semplicemente sotto firma privata (5); essa è un mezzo di proteggere il dritto de' parenti interessati e di rassicurare la società.

Il perchè gli eredi del sangue possono intervenire per opporsi all' immessione in possesso, ed in questo caso la loro dichiarazione di non riconoscere il carattere del defunto può bastare secondo l' apparenza delle circostanze per arrestare l' immessione in possesso e per conseguenza mettere il legatario universale nella necessità di fare verificare il carattere del testamento (6). Può ancora essere lo stesso (sempre secondo la verosimiglianza e la gravità delle circostanze), quando gli eredi naturali fanno opposizione all' ordinanza d'immessione in possesso (7); la loro opposizione può essere portata innanzi al Tribunale con un carattere di verosimiglianza così grave, che rimette in quistione l' immessione in possesso, che la tiene sospesa, e che il legatario universale non può ottenere, che sia mantenuta, se non col provare, che il testamento è scritto di mano del defunto (8). Ma non è meno certo secondo la giurisprudenza, che il giudice è incaricato di valutare secondo le circostanze e la sua coscienza la forza del non riconoscimento del carattere da parte dell' erede naturale, e che se questo non riconoscimento gli sembra vago, dubbio, o azzardato, può senz'aspettare la verificazione, che si farà più tardi, o mettere il legatario in possesso per mezzo di un'ordinanza renduta conformemente all' art. 1008 del Codice Napoleone (c) o conservarlo nel beneficio dell' ordinanza già anteriormente renduta, e colpita di opposizione. Allora il legatario universale è impossessato in virtù di un titolo capace di esecuzione, e conserva il possesso di fatto insino a che gli eredi del sangue non hanno giustificate le loro pretensioni (9). Ciò anche avviene, quando l' immessione in possesso è stata ordinata senza procedura in contraddizione ma sulla sola richiesta del legatario universale e senz' opposizione. Quest' ordinanza è un atto, che dà al testamento un' esecuzione parata; quando poi l' erede del sangue viene ad agire in petizione di eredità e pel rilascia, incontra in questo precedente il principio di un possesso, che rigetta su di lui tutto il peso della pruova.

Di là siegue, che l'erede del sangue ridotto a dimandare il rilascio della successione ad un legatario, che possiede legalmente, non l'otterrà (a meno che non vi sia probabile sorpresa), che provando di non essere la scrittura del suo autore. Dapoichè non si può fare cadere con un dubbio manifestato o anche con una negazione il possesso di fatto e di dritto, di cui il suo avversario ha il beneficio. Il che è stato deciso dalla corte di cassazione con più arresti (10), ed ecco il riassunto della giurisprudenza. Il

(1) Merlin, Repert., v° *Testamento*, t. XVII, p. 778, sez. 2, § 4, art. 6, n. 5.
(2) Art. 1322 Cod. Napol.
(3) Pothier *su Orleans*, t. XVI, n. 10 Bayle-Mouilard *su Grenier*, t. II, p. 647.
(a) Art. 934 delle leggi civili. *Il traduttore.*
(4) *Infra*, n. 1824.
(b) Art. 1004 delle Leggi civili. *Il trad.*
(5) Art. 999 Cod. Nap.
(6) Cassaz., 13 novembre 1816 (Dalloz, t. V, p. 661).
(7) *Infra*, n. 1820. Argomento di un arresto di Parigi dell' 11 agosto 1809 Dalloz, t. V. p. 670).
(8) Lo stesso arresto.
(c) Art. 934 delle leggi civili. *Il trad.*
(9) Arresto di Rouen del 28 marzo 1816 ed arresto del 2 febbraio 1818 della camera civile della corte di cassazione, che rigetta il ricorso (Dalloz, 5, 671).
(10) 28 dicembre 1824 (*Giorn. del Palaz.*, t. XVIII, p. 1268). 10 agosto 1825 (Devill., 8, 1, 173. Dalloz, 25, 1, 464). 16 giugno 1830 (Devill., 9, 1, 542). 20

testamento olografo è investito dalla legge di un carattere e di una forza di esecuzione, che gli sono particolari, poichè dà il possesso di pieno dritto al legatario universale istituito in questa forma, quando non vi è un erede riservatario. A questo possesso si unisce il possesso di fatto a favore del legatario universale, che ha adempito alle condizioni richieste dagli art. 1007 e 1008 (a). Ora il possesso di fatto ed il possesso di dritto essendo riuniti, spetta a coloro, che vogliono attaccarli, di rovesciarne il titolo, provandone il vizio, secondo la massima: « *Onus probandi incumbit ei qui dicit.* »

Confesso, che questo ragionamento mi sembra talmente potente, che non veggo, che cosa vi si possa rispondere.

1501. Nulladimeno molti autori non l'hanno accettato, ed hanno insegnato come regola invariabile, che nonostante l'ordinanza d'immessione in possesso, il solo non riconoscimento del carattere da parte dell'erede del sangue deve mettere a peso del legatario la verificazione del carattere (1), ed un gran numero di arresti della Corte di appello si sono uniformati a questa opinione (2). Ma malgrado le dissertazioni e le consultazioni, che ho letto, malgrado le aringhe, che ho cento volte sentite, non ho mai compreso questo sistema. I suoi partigiani si fundano su che il testamento olografo è un atto sotto firma privata, e si trincerano ostinatamente negli articoli 1323 e 1324 del Codice Napoleone (b). E non veggono, che comunque atto sotto firma privata, il testamento olografo è regolato dal dritto speciale degli art. 1006, 1007 e 1008 di questo medesimo Codice (c); che l'immessione in possesso pronunziata dal Giudice è un fatto di un'evidente importanza, attaccato al carattere incomparabile di questo scritto, che diversifica da tutti gli altri, e giace in una classe separata.

Nel sistema, che noi respingiamo, si è molto imbarazzato del possesso dato al legatario universale a fine di legalizzare la sua posizione; si comprende bene, che la negazione dell'erede del sangue, che non è altra, che una semplice allegazione, talvolta un dubbio leggierissimo, non potrebbe scacciare il possessore dalla sua triacea. Allora per rivolgere la difficoltà si è immaginato di convertire il possesso del legatario universale in una detenzione a titolo di sequestro giudiziario (3). Ma che cosa di più arbitrario, che di più opposto al rispetto, che il possesso ha sempre meritato? Ecco un possesso, ch' è stato attribuito dal Giudice, il quale è intervenuto in virtù della legge per dare all'atto l'esecuzione parata, che naturalmente gli manca; e si verrà a buttare a terra quest'opera dell'autorità pubblica; si tratterà questo scritto, sul quale essa ha impresso il suo *pareatis*, come il primo cencio di carta; si rovesceranno su di una semplice denegazione, su di un semplice dubbio posizioni in tal modo acquistate!! no! il possesso, è soprattutto di una eredità, non deve rimanere sospeso; non se ne cambiano così gli effetti, nè si sotto pone a tali capricci.

Nondimeno voglio bene concedere, che se la negazione dell'erede è affiancata da verosimiglianze, dalle quali risulta, l'ordinanza essere stata sorpresa, il tribunale impadronito del merito, dovrà deliberare e prendere le misure richieste dalle circostanze. Ma sarà questo un incidente, del quale non bisogna fare una regola. Vi sono più testamenti veri che testamenti falsi; vi sono più non riconoscimenti di caratteri dettati dal cavillo, che dal convincimento, che un falso è stato commesso. Preferiamo la giurisprudenza, che viene in soccorso della buona fede a quella, che si mette dal lato delle trappole di procedura e dei calcoli del cattivo umore (4).

1502. Esamineremo, quando parleremo del testamento mistico, se un testamento nullo come mistico può valere come olografo (5).

1503. Terminiamo col fare osservare, non essere necessario, che il testamento olografo sia scritto in francese. O che sia scritto in italiano o in linguadoca, vale, perchè è l'espressione della volontà del testatore (6).

Articolo 971 — (896).

Il testamento per atto pubblico è quello, ch'è ricevuto da due notai in presenza di due testimoni, o da un notajo in presenza di quattro testimoni (d).

marzo 1833 (Devill., 33, 1, 307. Dalloz. 33, 1, 151). 23 maggio 1843 (*Giorn. del Palaz.* 1843, t. II, p. 30).

(a) Art. 933 o 934 delle Leggi civ. *Il trad.*

(1) Merlin, Repert.. v° *Testamento*, t. XVII, sez. 2, § 4, art. 6, n. 5. Bonceone, t. III, p. 445. Dalloz, t. V, cap. 6, sez. 3, art. 5, n. 6. Zachariae, t. V. p. 87, ed i suoi annotatori. Bayle-Mouillard *su Grenier*, t. II, p. 663.

(2) Metz., 3 maggio 1815 (Devill., 5, 2, 38). Bourges, 4 aprile 1817 e 10 marzo 1834 (Devill., 34, 2, 307). Montpellier, 19 luglio 1827 (Devill., 8, 2, 395). Lione 11 marzo 1839 (Dalloz, 40, 2, 81). Aix 12 giugno 1840 (Dalloz, 41, 2, 15).

(b) Art. 1277 e 1278 delle leggi civili. *Il trad.*

(c) Art. 932, 933, e 934 delle leggi civili. *Il trad.*

(3) Aix. *luoc. cit.*

(4) In questo senso il signor Toullier, t. V, n. 503; Grenier, n. 292. 4°; Durantoo, t. IX, n. 46, Coin-Delisle sull' art. 1008, n. 17; e molti arresti di corti di appello conformi alla giurisprudenza della corte di cassazione: Bordeaux, 12 aprile 1848 (Devill., 48, 2, 390). Caen, 4 aprile 1812 (Devill., 1812, 2, 336), ecc, ecc.

(5) *Infra*, n. 1654.

(6) La legge 21, § 4, C, *De test.*, decideva di potersi testare in greco.

(d) Corrisponde quest'articolo all'art. 496 delle leggi civili. *Il trad.*

Digitized by Google

SOMMARIO

1504. Del testamento per atto pubblico in dritto romano e nei paesi di consuetudine.
1505. Il Codico Napoleone non riconosce altri, che i Notai per ricevere questo testamento. — Numero de' testimoni o dei notai.
1506. Significato della parola *testamento* sotto il rapporto della solennità.
1507. Il testamento per atto pubblico dove presso di noi come presso dei romani essere fatto *unico contextu*?
1508. Il testamento per atto pubblico può essere spedito in brevetto?
1509. Il notaio può spossessarsi della minuta sulla dimanda del testatore? — Rinvio.
1510. Decisione del Ministro delle finanze circa il rilascio delle spedizioni dei testamenti per atto pubblico.
1511. Non potrebbe il giudice contra il voto del testatore ordinare il rilascio della spedizione del testamento sulla dimanda di una parte, che si dice interessata.

COMENTARIO

1504. Il testamento per atto pubblico si chiama talvolta testamento nuncupativo, perchè rimpiazza il testamento nuncupativo scritto, in uso nei paesi regolati dal dritto romano, e consacrato dall' art. 4 dell' ordinanza del 1735. Si faceva con l' assistenza di sette testimoni, compresovi il notajo incaricato di raccogliere la disposizione per iscritto. Il testatore doveva dettarlo intelligibilmente (il che era la nuncupazione), e dopo data lettura, l'atto doveva essere sottoscritto, dal testatore, dai testimoni e dal notaio (1).

In quanto ai codicilli, che come si sa, comportavano minori solennità, l' ordinanza voleva, che fossero fatti in presenza di cinque testimoni, compresovi il notajo (2).

Nei paesi di costumanza si vede pure l' uso del testamento per atto pubblico. Era ricevuto da due notai o tabellioni, o da un notajo o un tabellione in presenza di due testimoni. Il testatore dettava la sua volontà, se gliene dava lettura, e sottoscriveva coi notari o col notaro ed i testimoni (3). Questo regolamento era comune ai codicilli, che nei paesi di consuetudine in nulla differivano dai testamenti.

In più consuetudini, che l' ordinanza del 1731 non aveva abrogato, si ammettevano i curati e gli officiali di giustizia a ricevere dei testamenti, come i notari (4).

Si vede, che il testamento pubblico, di cui parliamo, non era altro, che il testamento nuncupativo scritto dei paesi regolati dal dritto romano con un poco meno di solennità (a).

1505. Il codice Napoleone ha preso un termine medio tra l' uso seguito in paese di dritto scritto e l' uso adottato in paese di consuetudine. La corte di Bordeaux lo propose (5).

Esso vuole, che il testamento nuncupativo scritto, (o come dice) per atto pubblico, sia ricevuto da due notai assistiti da due testimoni, o da un notaio assistito da quattro testimoni.

Ma non riconosce più fuori del notaio altra persona capace di ricevere e redigere le ultime volontà dei particolari. Ogni consuetudine contraria è intieramente abrogata.

1506. La parola testamento ha sotto il rap-

(1) Art. 5 dell'ordin. del 1735.
(2) Art. 14 della stessa ordin.
(3) Art. 23 *ejusdem*.
(4) Coquille, *Instit. del dritto francese*, cap. *Del testamento*. C. Niveroese, cap. 33, art. 13. C. Orleana, art. 289. C. Parigi, art. 289.

(a) L' antico dritto patrio richiedeva, che i testamenti per atto pubblico, oltre all' avere le solennità richieste dal dritto romano, fossero ricevuti da un Notaio o da un Giudice a contratti, limitandosi tale facoltà a' soli Notai costituiti dall' autorità regia, e non già a' Notai e Protonotai apostolici, di tal chè se il testamento era ricevuto da costoro, non aveva nel Foro veruna esecuzione, e davasi luogo alla successione intestata. Così decise il S. R. C. sin da' tempi di Antonio Capece (*).

Si disputava, se fosse valido il testamento di un Barone o quello, in cui esso fosse stato istituito erede, ove fosse stato redatto da un Notaio vassallo dello stesso Barone. Il Capitolo *Non sine prudentia* di Re Ladislao proibiva a' Notai vassalli di redigere istromenti pel Barone feudatario, da che poi logicamente si argomentava per la nullità del testamento, in cui il Barone si trovasse interessato (**). Non però alcuni autori distinguevano tra il testamento del Barone e quello a favore di lui. Ritenevano valido il primo, perchè non vi era nulla da temere dalla prepotenza baronale. Il notaio adibito nel testamento non ha altro incarico, che di autenticare la volontà del testatore, e quindi per quanto assoluta si voglia supporre tale volontà o per quanto autorevole possa essere pel Notaio il volere del defunto, non si corre mai nessun rischio, quando si tratta soltanto di manifestare e rendere pubblico quello, che si vuole, il che anzi è tanto più esattamente fatto, quanto più si è devoto alla persona, la cui volontà si tratta di manifestare. Per lo contrario ritenevano nullo il testamento, se il Barone fosse l' erede o il legatario, a menochè non si trattasse che di lieve somma.

Siffatta opinione non era però ricevuta nel foro. Si osservava, che se il Barone, che moriva, non era interessato a falsare il proprio testamento, vi era interessato il Barone, che gli succedeva, e si soggiungeva, che ammessa la regola, la tenuità della somma non potea formare una eccezione (***).

Il traduttore.

(5) Fenet, t. III, p. 198.

(*) Decisione 201. V. la Pramm. 2ª de Contract.
(**) De Morinis, *Resolut. juris*. Lib. 1, cap. 280.
(***) Aloi al Domat, Lib. 2° Tit 1° sez. 1ª *nota* 4.

porto della solcooità uo significato, che non bisogna perdere di vista. Essa abbraccia tutte le parti dell'atto, da cui risulta la pruova di un' ultima volon à. Nè è solemente l'attestato dato dal testatore dello suo volontà, mo è ancora il corteggio delle formalità neccssorie per dare a questa volontà un carattere autentico(1). Ne siegue, che l'atto oon è valido e completo, che in quanto si sviluppa regolarmente iu tutto ciò, che è richiesto dal testatore, e che è prescritto al notajo (2). In ciò consiste la recezione.

1507. Il Codice Napoleone noo dice, se, come oel dritto romano, il testamento ouncupativo dev'essere ricevuto *uno contextu*. A tal riguardo si spiega soltanto relativamente al testamento mistico, e dal silenzio della legge si deve conchiudere, noo essere richiesta questa formalità a pena di nullità, mn la prudenza lo consiglia a'ootai. Nell'intervallo delle sedute le rivelazioni de'tentimont potrebbero dare l'allarme alle persone ioteressate e provocare delle captazioni e delle suggestioni (3).

1508. Abbiamo detto più sopra (4), dovırsi enservare la minuta dell'atto di donazione. Tal'è la disposizione dell'art. 931. Un simile testo oon si trova su quanto concerne il testamento per atto pubblico, ma la legge del 25 ventoso supplisce a questo silenzio (5), ool dire, che i notai saranno obbligati di conservare In minuta di tutti gli atti, che ricevono. Nulla dimeno si è preteso, che il testamento per atto pubblico può essere redatto in brevetto per la ragione, che quest'articolo 20 autorizza questa forma sommaria per « gli atti semplice, che « possono essere redatti in brevetto ». Gli atti semplici, si dice (6), sono così definiti dall'ordinanza de'7 dicembre 1723. « Quelli che non « hanno relazione ad oleun titolo od atto, e « non contengono veruu'obbligazione rispetti« va.» Ora è questa, si aggiunge una definizione, che si applica completamente a'testamenti. Ed in effetti i testamenti sono degli atti semplici, poichè non hanno per oggetto nè di riconoscere, nè di rettificare, oè di modificare dei titoli anteriori, e che formano per se soli dei titoli primordiali, e che dall'altro lato non contengono veruna obbligazione sinalogmatica, e neppure unilaterale, perchè il testamento non obbliga a nulla.

Al che si può aggiungere, che nell'antica giurisprudenza, sebbene l'uso generale si fosse, che i ootai riteoessero minuta de'testomenti per atto pubblico, nondimeno avveniva talvolta, che sulla domanda del testotore, il ootajo redigesse l'atto in brevetto per rimetterglielo (7). Ma la legge del 25 ventoso ba stabilito delle regole precise, che oon danno luogo a questa pratica rilasciata. Ci basta di ricordare le definizione, che il relatore della legge di ventoso anno 11.° dava di queste parole atti semplici (8) « Sono, egli diceva, quelli, il cui « contenuto la natura e gli effetti ooo presen« tanu, che un obietto o un interesse in se « stesso semplice e passaggiero ». Un tale linguaggio può applicarsi a quest'atto sì grave, sì soleone, che si chiama il testamento pubblico, a quest'atto, che racchiude il *supremum defuncti judicium*, e oel quale il ootajo è il ministro di quanto vi è di più elevato nella volontà dell'uomo e di più simile al potere del legislatore (9)?

Del resto no avviso del comitato di legislazione del Consiglio di Stato de'7 di aprile 1821 (10) ha troncata la quistione in questo senso, e basterà d'indicare le considerazioni, che l'anno determioato:

« Considerando, che a'termini dell'art. 20 « dello legge de'25 ventoso anno 11° i notai « sono obbligati di conservare la minuta di « tutti gli atti, che ricevono ».

« Che giusta lo stesso articolo, oon vi è ee« cezione a questa regola, che per gli atti « semplici, che possono essere rilasciati in « brevetto ».

« Che gli atti semplici sono, come la parola « lo dinota, come la dichiarazione del 1723 lo « intendeva, come il relatore della legge di « ventoso la ha spiegato, quelli, il cui conte« nuto, la natura, e gli effetti non presentano, « che un obietto o un ioteresse io se stesso « semplice e passeggiero. »

« Che d'altronde ooo si può comprendere « sotto la denominazione di atti semplici i te« stamenti, che in quanto al loro contenuto, « alla loro natura, a'loro effetti sono senza « contradizione gli atti più solenni e più seri.

« D'onde la conseguenza, che i testamen« ti (a) oon possono essere rilasciati in bre« vetto, e debbono essere oecessariamente re« datti in minuta ».

1509. Il testamento adunque sarebbe nullo, se il notajo lo redigesse in brevetto (11).

Ma non sarebbe lo stesso, se dopo di avere conservata la minuta, se ne spossessesse, e mettesse questa minuta oelle maoi del testato-

(1) Caen, 15 fabbraio 1842 (Devill.. 42, 2, 199).
(2) Arresto precitato.
(3) Merlin, Repert., v. *Testamento*, sez. 2, § 2, art. 5. *Infra* n. 1651.
(4) N° 1040.
(5) Art. 20.
(6) Merlin, Repert., v. *Notaio*, t XVII, p. 222 e seg. sez. 5, n. 6.
(7) Ferrière, *Scienza perfetta del Notaio*, 1, 22.
(8) Merlin, Repert., v. *Notaio*, t. VIII, p. 626, § 5, ha citato questo passo.
(9) *Aggiungi* Coin-Delisle, n. 41, e seg. sull'art. 971.
(10) Sirey, 23, 2, 82.
(a) Il testo dice: gli atti semplici, ma è manifestamente un errore tipografico. *Il traduttore.*
(11) *Aggiungi* Grenier, n. 277 e 277 *bis*. Bayle-Mouillard *su Grenier*, nota, stessi ni, Rolland de Villargues, Repert. v *Minuta*, n. 99. Duranton, t. IX, n. 61. Poujol, art. 971, n. 8.

Digitized by Google

re (1), imperciocchè la validità di un atto non può dipendere da un fatto d'incuria, di negligenza o d'impotenza posteriore alla sua redazione ed imputabile al depositario.

Solamente si può dimandare, se il testatore volendo rivocare il suo testamento, può farsene restituire la minuta. Questo punto sarà da noi esaminato più tardi nel comentario dell' art. 1038 (2).

1510. Del resto nulla vieta al notajo di rilasciare al testatore una spedizione del suo testamento. È vero che l' art. 7 dell' editto dei 19 marzo 1693 l'interdiceva espressamente, ma una decisione del Ministro delle finanze dei 25 di aprile 1809 (3) ha autorizzato i notari a rilasciare ai testatori la spedizione dei loro testamenti senza neppure, che vi fosse bisogno di farle registrare precedentemente

1511. Ma potrebbe il giudice sulla dimanda di una parte interessata ordinare il rilascio di una spedizione del testamento per estratto, se questo testamento contenesse, per esempio, un riconoscimento di figlio naturale? La negativa è evidente. Un testamento non può formare titolo per alcuno, mentre vive il testatore. Le disposizioni, che racchiude, sia che consistono in liberalità, sia che abbiano un altro obietto, hanno un carattere ambulatorio e segreto, nè sono destinate a ricevere esecuzione, che dopo la morte del testatore. Epperò non è permesso a niuno di eccepirle (4).

ARTICOLO 972 — (897)

Se il testamento è ricevuto da due notai, è loro dettato dal testatore, e dev'essere scritto da uno de' notai, com' è dettato.

Se vi è un solo notaro, dev' essere del pari dettato dal testatore e scritto da questo notaro.

Nell' uno e nell' altro caso ne dev' essere data lettura al testatore in presenza de' testimoni.

Di tutto vien fatta menzione espressa (a).

SOMMARIO

(1) Coin-Delisle, n. 51, sull'art. 971. Bayle-Mouillard su *Grenier*, nota sul n. 277 *bis*.
(2) *Infra*, n. 2114.
(3) Sirey, 9, 2, 270 Art. 1038, n. 2115.
(4) Vedete, in questo senso, un arresto della corte di Amiens de'9 febbraio 1826 (Devill., 8, 2, 188). V. in senso contrario, un'arresto di Bastie dei 5 luglio 1826 (Devill., 8, 2, 254), che ci sembra rovesciare tutte le idee fondamentali in materie di testamento.

(a) A quest'articolo corrisponde l'art. 897 delle leggi civili, che è uniforme. Però siegue ad esso l'art. 898, che manca nel Codice Napoleone, e che è così concepito:

« I testamenti per atto pubblico oltre alle indicate « solennità loro proprie, dovranno contenere le altre « solennità comuni a tutti gli atti autentici richieste « dalle leggi sul regolamento notariale. »

Digitized by Google

COMENTARIO

1512. Dopo di avere detto che cosa è un testamento pubblico, il codice ne dettaglia le formalità nell'articolo, che analizziamo e negli articoli seguenti. Lo seguiremo passo passo; tutto quello, che prescrive, è della più alta importanza, e la pena di nullità è pronunziata contra l'omessione di una sola delle solennità, che esige (1) (art. 1001, codice Napoleone(a)). I tribunali si sono sempre mostrati severi sull' esecuzione degli articoli del codice, che ci occupano in questo momento. Senza dubbio i testamenti sono favorevoli, ed in preferenza si deve seguire la più benigna interpretazione, «*magis ut valeat quam pereat dispositio*». Ma quando la formalità sostanziale manca, vi è per l'erede naturale, che gode pure del suo grado di favore, un dritto acquistato, del quale i tribunali non debbono privarlo.

Nulladimeno badiamo a non cadere in un formalismo superstizioso. L'art. 972 non prescrive veruna formola sacramentale. Onde il suo voto sia adempito, basta, che l'adempimento delle formalità prescritte risulti manifestamente dall' insieme della redazione (2).

1513. Il nostro articolo versa sopra molti punti importanti; esso si occupa:

1. Del notaro;
2. Della dettatura;
3. Della scrittura;
4. Della lettura al testatore ed ai testimoni.
5. Della menzione espressa.

Sono questi tanti punti, che debbono richiamare la nostra attenzione, senzachè per questo dobbiamo perdere di vista la legge del 25 ventoso anno XI sul notariato, che si combina col codice.

1514. Onde il notajo possa istrumentare, bisogna, che si restringa nei confini della propria competenza; ivi solamente è ufficiale pubblico; in ogni altro luogo è una semplice persona privata.

Prima della legge dell' anno XI questa qui-

(1) Furgole, cap. 3, n. 13.
(a) Art. 927 delle leggi civili modificato. *Il trad.*

(2) Cassaz., 7 dicembre 1846 (Devill., 47, 1, 71).

stione era stata fortemente controversa. Dei gravi autori (1), sostenevano, che un atto ricevuto da un notaio fuori del suo territorio non era nullo. Una legge del 18 brumajo anno 2 diceva pure, che gli atti ricevuti dai notai fuori dei limiti del dipartimento, nei di cui confini la sua residenza era stabilita, non dovea essere annullato per ragione d' incompetenza di questi uffiziali.

Ma non può esservi più dubbio su questo punto dopochè la legge del 25 ventoso anno XI victa ad ogni notaio d' istromentare fuori della propria competenza a pena di nullità e di tutti i danni ed interessi, (articoli 6 e 68 (a).

L' art. 5 della medesima legge fissa come siegue la competenza dei notai (b).

I notai delle città, ove risiede una corte imperiale, esercitano le loro funzioni in tutta la giurisdiziona della corte.

Quelli delle città, nelle quali vi è solo un tribunale di prima istanza, nei confini della giurisdizione di questo tribunale.

Quelli degli altri comuni nei confini della giurisdizione della giustizia di pace.

Un testamento fatto da un notaio fuori della sua residenza sarebbe quindi nullo.

1515. Sarebbe lo stesso, se il notaio fosse interdetto dalle sue funzioni, dapoichè non avrebbe più carattere pubblico.

Con maggiore ragione una simile decisione dovrebbe essere emessa, se la persona, che aveva ricevuto l' atto, avesse usurpato le funzioni di notaio, senza esserne stato rivestito dal titolo del sovrano, ovvero se questo notaio, sebbene nominato dall'Imperatore, non avesse prestato giuramento innanzi il tribunale di prima istanza. La buona fede del testatore e dei testimoni non potrebbe essere di veruna considerazione, e vanamente s' invocherebbe la famosa legge *Barbarius Philippus*, 3, D., *De offic. Praetor*. Questa legge è nel caso di uno schiavo, che il popolo romano aveva nominato pretore senza conoscere la sua qualità di persona servile. Ma non è men vero, che questo schiavo aveva il titolo di pretore. D' altronde il giureconsulto pensò, che i suoi atti dovessero rispettarsi nell' interessa pubblico, tantopiù che il popolo avrebbe potuto elevarlo sulla sua condizione di schiavo, se l'avesse conosciuto.

Si vede, essere questa legge inapplicabile alla nostra specie, e niuno potrebbe dire, che nella messa ipotesi la buona fede delle parti possa dar esistenza al testamento.

1516. La legge *Barbarius Philippus* sarebbe solamente applicabile, se, per esempio, il notaio nominato dal sovrano fosse minore. Sebbene regolarmente una persona di minor età non possa essere chiamata alle funzioni di notaio, i suoi atti non sarebbero meno buoni agli occhi della legge, perciocchè le parti, che veggono una nomina, possono allegare una giusta causa d' ignoranza (2); e d' altronde non è forse nel potere del sovrano di concedere delle dispense di età?

1517. Non basta, che il notaio abbia tutte le qualità abituali volute dalla legge, bisogna inoltre, « che non abbia veruno interesse nel « testamento, che è incaricato di ricevere. »

L' articolo 8 della legge del 25 ventoso anno XI (c), dispone, che i notai non possano ricevere degli atti, che contenessero delle disposizioni a loro favore. E l'art. 68 aggiunge, che ogni atto fatto in contravvenzione di questo divieto sarà nullo come atto pubblico, nè potrà valere, che come atto sotto firma privata, se è sottoscritto dalle parti (3) (d).

1518. Infine è d' uopo, che il notaio riceva l'atto come notaio. La sua presenza come testimonio non potrebbe servire ad altro, che a farlo considerare come testimonio, ma non si potrebbe trarne partito per dargli la qualità di uffiziale pubblico, con la quale egli non si era presentato nella redazione dell' atto.

Per potersi considerare il notaio come avendo agito in questa qualità, non è assolutamente necessario, che abbia articolato nell' atto il suo titolo di pubblico uffiziale (4). Se l' atto fosse rivestito delle solennità necessarie per gli atti pubblici, e non fosse contestato, che quello, che lo ha ricevuto, è notaio, invano se ne querelerebbe la validità innanzi ai tribunali (5).

1519. Giusta l' articolo 12 della legge sul notariato, il notaio deve menzionare il suo nome e la sua residenza, senza di che incorrerebbe in un' ammenda di 100 franchi; però non è vero, che alla pena di 100 franchi contra il notaio si deve aggiungere la nullità contra le parti (6) (e).

1520. Abbiamo citato un istante addietro

(1) Bacquet, *Dritto di giustizia*, l. 3. cap. 35. Loyseau, *Officii*, 1, 6, 100.

(a) Articolo 6 della legge sul notariato de' 23 di novembre 1819. *Il trad.*

(b) La competenza de' notai è fissata dall'art. 5 della legge sul notariato nella provincia o valle, in cui è messo il Comune assegnatogli per residenza. *Il trad.*

(2) Merlin, Repert., v *Testamento*, p. 603, n. 4.

(c) Art. 8 della Legge sul notariato. *Il trad.*

(3) Merlin, Repert., v° *Legatario*, § 2, n. 20, e v° *Testimonio istrumentario*, § 2, n' 3 e 16.

(d) Articoli 26 e 29 della legge citata. *Il trad.*

(4) *Contra*, Merlin, Repert., v° *Testamento*, t. XVII, p. 688, col. 2.

(5) Mascardo, *De probat. concl.*, n. 43. Toullier, t. V, n. 386.

(6) Merlin, Repert, t. XVII, p. 729, col. 2 e 3. *Infra* n. 1 69

(e) L' art. 14 della legge citata vuole, che il notaio aggiunga all' atto la propria firma, la qualificazione di notaio ed il nome del comune, in cui risiede, e l'art. 26 pronunzia la nullità dell'atto per la contravvenzione a questa disposizione. Vedi il decreto de' 12 di sett. 1828, che rettifica o modifica taluni articoli della detta legge de' 23 di novembre 1819. *Il trad.*

l'art. 68 della legge dei 25 ventoso anno XI, che rende i notai responsabili delle nullità da loro commesse negli atti, che ricevono, e li rende passibili di tutti i danni ed interessi. Ora affinchè non sia questa responsabilità illusoria, si sono soggettati a fornire una cauzione (art. 33 della stessa legge) (a).

Questa responsabilità è antichissima nella giurisprudenza francese. D'Argentrèe diceva su uno degli articoli della consuetudine di Brettagna: *Notarius de dolo et imperitia tenetur* (1).

Ma nell'ereggere in legge questa responsabilità l'art. 68 della legge dei 25 ventoso anno XI vi aggiunge la savia restrizione *se vi ha luogo*, perchè in effetti vi hanno dei casi, nei quali può non esservi nè colpa nè danno, casi, che hanno dovuto essere lasciati alla prudenza dei tribunali.

Percorrendo tutti gli arresti renduti sulla responsabilità dei notari, se ne può desumere, che nel principio molti tribunali hanno abusato della latitudine della legge per esentare da una giusta garentia gli uffiziali ministeriali, che per negligenza o per ignoranza dei loro doveri avevano omesso nei testamenti delle solennità indispensabili, ed occasionato la nullità di atti importanti e cari alle famiglie, e così privavano coloro, che prima di morire ha voluto regolare la sorte del suo patrimonio (2).

Oggi i tribunali sono più severi osservatori della legge, e si ricordano meglio del principio insegnato da Domat, cioè: « che bisogna « mettere nella linea dei danni cagionati da « colpa quelli, che arrivano per ignoranza « delle cose, che si debbono sapere. » Ora non vi è temerità più inescusabile, che di obbligarsi a fare degli atti, da cui dipende l'altrui fortuna, senza avere le cognizioni proprie del suo stato (3).

1521. Passiamo alla dettatura.

Siccome non si potrebbe stare bastantemente in guardia contra le suggestioni, che possono assediare il testatore, così la legge nel volere, che il testamento contenga la volontà precisa del testatore (*justa mentis nostrae testatio*) esige, che il testatore detti le sue intenzioni, e che ne sia il solo ed unico interprete.

Con questa disposizione presa in impronto dal dritto antico, si trova proscritta ogni disposizione fatta sull'interrogazione altrui; il che ha luogo, quando il notaio o ogni altra persona domanda al testatore, se vuole quella tale cosa, che gli si propone, e che il testatore risponde con un gesto o con un'affermazione.

È vero, che in taluni casi queste interrogazioni potrebbero farsi senza frode, senza idea di captazione, nè sarebbe impossibile, che la persona, che così interroga il testatore, lo facesse unicamente per la conoscenza delle sue vere intenzioni, che non potrebbe egli stesso spiegare e dedurre in una intelligibile maniera. Ma se in simile caso non vi è sorpresa, per lo meno si può credere, che vi sia errore; il perchè tutti i dubbi debbono essere allontanati, obbligando il testatore a pronunziare egli stesso il suo puro movimento le sue ultime volontà (4). Epperò non basta, che essendo interrogato sulle sue disposizioni, risponda semplicemente con un sì o con qualche altra parola, che dinoti il suo consentimento (5).

1522. La dettatura deve farsi con voce intelligibile non solamente in presenza dei notari o del notaro, ma ancora dei testimoni. Il che risulta dall'articolo precedente, che vuole, che il testamento sia ricevuto in presenza dei testimoni. Ed abbiamo detto, che la parola « ricevuto » comprendeva la dettatura e la scrittura (6).

Se i testimoni non fossero presenti a tutta la serie delle operazioni, di cui il testamento si compone, vi sarebbe evidentemente nullità.

1523. La dettatura non esige, che il notaio riproduca identicamente e materialmente le parole del testatore, ma basta, che il pensiero ne sia fedelmente esposto dal notaio (7). Ciò è oramai costante in giurisprudenza.

1524. Vi è dippiù, e quando il testatore ha chiaramente esposto la sua idea, non è vietato al notaio di aiutarne lo sviluppamento.

Un testatore dopo di avere legato dei pezzi di terreno col loro nome, si era fatto aiutare sia dal notaio, sia dai testimoni instrumentari per designarne le confrontazioni. Si pretendeva che ciò bastava per fare decidere, che questo testamento non era stato dettato. Però quello, che s'imputava, altro non era, che un soccorso da dare al testatore a fine di non lasciare at-

(a) Articoli 11 a 63 dalla legge citata. *Il trad.*

(1) V. nondimeno Furgole, che sembra pensare, non essere il notaio responsabile, se non per pravaricazione, t. VI, p. 354, cap. 12, n. 15, e Grenier, *Donazioni*, n. 232, t. II, p. 255.

(2) Cito a titolo di notizia storica, ma senz'allusione al presente le parole di un'antico scrittore: « *Notarii* « *sunt, ut plurimi, idiotae, ignorant sensum et intel-* « *lectum verborum, quo fit ut eorum imperitia destruat* « *mundum et conscientias bonorum virorum in periculo* « *deducat, et quia nesciunt quod scribunt, plerumque* « *testantium voluntates pervertunt.* » Mantica, *De conject. ult. volunt.*, lib. 1, tit. 10, n. 4. « *Unde Angelus* « *in consil.* 295 *dicit se multum vidisse exoriri infinitos errores ex imperitia tabellionum maxime in ultimis voluntatibus.* » (Id., *loc. cit.*)

(3) Toullier, t. V, n. 389.

(4) Furgole, *Test.*, V, 3, 32.

(5) Mantica, *De conject. ult. vol.* 2, 6, 10 e seg. Fachin., *Controv.* 10, 17. Hillig. *su Doneau*, 6, 21, 8. Merlin, Repert., v° *Suggestione*. Cassaz., 12 marzo 1838 (Devill., 38, 1, 206. Palazzo, 1838, t. 1, p. 400).

(6) V. n. 1506.

(7) Cassaz., 4 marzo 1840 (Devill., 40, 1, 327. Palazzo, 1840, t. 1, p. 552). Cassaz., 19 gennaio 1841 (Devill., 41, 1, 333. Palazzo, 1841, t. 1, p. 707). Cassaz., 15 gennaio 1845 (Devill., 45, 1, 303. Palazzo, 1845, t. 1, p. 403).

Digitized by Google

cuo dubbio su delle iotenzioni, da lui già espresse. Ed il mezzo non fu ammesso (1)..

1525. Quaodo il testatore noa sa parlare la lingua fraacese, e che egli noa può esprimere le proprie idee, che nel dialetto del mezzogiorno, come sono gli uomini rustici in Provenza, ia Linguadoca, ia Guascogna, ed in Guienna, o ia italiano, come nel dipartimento della Corsica, il aotaio, che la legge obbliga a scrivere il testamento quale il testatore lo ha dettato, può servirsi del linguaggio volgare? Questa quistione importante per molti dipartimenti della Francia, troverà più opportuno luogo ael paragrafo seguente, ove tratteremo quello, che coacerne la scrittura. Qui ci limiteremo a dire, che il testatore può senza difficoltà maaifestare il suo pensiero aella lingua, che gli è propria, purchè sia compreso dal ootaio e dai testimoni. Il che vien provato dalla legge 21, § 4, C., *De testam.*, la quale riconobbe la validità del testameato fatto in lingua greca, quando il testamento si sbarazzò delle strette forme del testamento primitivo (2).

1526. Ma quale si sia la lingua, aella quale si esprime la volontà del testatore,è una regola certa, che i testimoni debbono comprenderla. Per verità si legge quanto siegue nella legge 20, § 9, D., *Qui test. facere possunt.* » *Non « tamen intelligentiam sermonis exigimus. » Hoc enim D. Marcus Didio Juliano in te« ste, qui latine non noverat, rescripsit; nam » si vel sensu percipiat quis, cui rei adhibi« tus sit, sufficere* (3) ».

Ma Doneau (4) e Furgole (5) dicoao, essere questa legge unicamente applicabile al testamento mistico, ma dover essere diversamente nel testamento nuncupativo, per la validità del quale è necessario, che il testimoaio senta la volontà espressa dal testatore dalla sua propria bocca, dapoichè questa auncupazione costituisce l' esseoza di tal geaere di testamento. Tale è pure il parere di Ricard (6). » Non dubito, » egli dice, che oon sia necessario per la so« lennità dei aostri testamenti, che i testimoni, » che vi sooo adoprati, compreadano la lin» gua, aella quale sono fatti ».

Noo si trova aulla di coatraria a questa decisioae in na arresto della corte di cassazione dei 14 di luglio 1818 (7), che soveate è stato male interpretato. La corte di Nancy con arresto dei 28 di luglio 1817 (8) aveva dichiarato valido ua testameato dettato ia francese, quantuaque uno dei testimoni istrumeatari comprendesse imperfettameate la lingua fraacese; ma essa aveva riconosciuto, che tra questo testimone, la cui lingua abituale era l'alemanno, e gli altri testimoni, il notaio, e lo stesso testatore, che aveva l'uso di questa lingua, vi era un mezzo facile di comunicazioae reciproca, e che perciò questo testimone aveva potuto acquistare sul foudo stesso e sulla sostanza delle disposizioni testamentarie una percezione così distinta, come avevano potuto acquistarla tutti gli altri testimoni. In preseaza di questo fatto riconosciuto dall'arresto attaccato, la corte di cassazione decise che la corte di Nancy aveva valutata soltanto una facoltà personale, e che non vi era luogo a cassazione. Questo arresto è stato obietto delle critiche del signor Merlin (9) e del signor Toullier (10). Ma eglino non l' hanno compreso. Eglino non hanno fatto attenzione, che eravi nella specie un insieme di fatti, dai quali risultava, essere stato il testimone in comunicazioae per mezzo della liagua allemanna con tutti coloro, che avevano cooperato all' atto, e soprattutto col testatore, e che potevasi dire, esservi stato in qualche modo due dettature, l' una ia alemanno, l'altra tradotta ia francese.

1527. Tutto ciò confuta sufficientemente il seatimento del signor Daniels (11), il quale peasa, che i testimoai essendo chiamati solameate per attestare l' osservanza delle forme esteriori, aon hanno bisogno necessariamente di comprendere l' idioma, nel quale la dettatura è fatta. I testimoni aon sarebbero testimoni nel vero senso della parola, se il foado stesso dell' atto sfuggisse alla loro conosoenza (12).

1528. Il notaio deve scrivere le disposizioni testameatarie a misura, che il testatore le detta; e siccome la dettatura non puole aver luogo, che in presenza dei testimoni, come lo abbiamo provato (13), ae siegue, che la scrittura deve avere ugualmente i testimoai per spettatori.

1529. L' uffiziale ministeriale deve scrivere le disposizioai tali, quali il testatore le ha pronunziate, il che il aostro articolo esige in termini che aon potrebbero essere più formali. Ma come coaciliare questa obbligazione con la legge (14), che vuole, che gli atti pubblici siano redatti ia lingua francese, quando il testatore parla una lingua diversa? È possibile ad aa notaio, che deve redigere il suo atto in francese, di scrivere il testamento quale gli è

(1) Cassaz, rigetto, 22 giugno 1843 (Devill., 44, 1, 303. Palazzo, 1844, t. 1, p. 537)

(2) « *Illud etiam huic legi prospeximus inserendum « ut etiam Graece omnibus liceat testari.* »

(3) *Pand.* di Pothier, t. II, p. 176, n. 27.

(4) Doneau, *Comm.*, lib. 6, cap. 10, n. 9.

(5) Furgole, *Trattato de' testamenti*, cap. 3, sez. 1, n. 8.

(6) Ricard, part. I, n. 1606, p. 372.

(7) Sirey, 18, 1, 396. Devill., 5, 1, 500.

(8) Sirey, 18, 2, 89. Devill., *loc. cit.*

(9) Quistioni di drillo, v° *Testamento*, p. 363, § 17, art. 4.

(10) T. V, n. 393, nota 1, p. 366.

(11) Merlin, Repert. add., v° *Testamento*, t. XVII, § 2, n. 4, p. 625.

(12) Mertz, 30 aprile 1833 (*Palazzo* 1833, t. 1, p. 232. Devill., 33, 2, 350).

(13) N° 1522.

(14) V. particolarmente la legge del 2 termidoro anno II, il decreto del 24 pratile anno II.

dettato, quando il testatore parla, per esempio, solo l'italiano o il linguadoco?

Questa quistione ha promossa nell'origine qualche difficoltà (1). Ma la corte di cassazione ha fissato la giurisprudenza in una invariabile maniera col suo arresto dei 4 di maggio 1807 (2), decidendo, che l'art. 972 non vieta, che il notajo rediga in francese un testamento dettato in una lingua straniera da un testatore ignaro del francese, e che si deve prestare fede a questo testamento (3). Quel'o, che importa, si è, che la volontà del testatore sia scrupolosamente riprodotta, se non nelle parole, almeno in tutto quello, che nel fondo ha di essenziale. Bisogna solamente, che il notaio faccia conoscere di avere dato al testatore la interpretazione della sua redazione nella lingua parlata da lui (4).

1530. Il notajo deve scrivere egli stesso. Prima dell'ordinanza del 1735 si pensava comunemente, che l'ufficiale pubblico, che riceveva un testamento, non era obbligato di scriverlo di sua mano. Ma gli articoli 5 e 23 dell'ordinanza del 1735 disposero diversamente, e gli arresti renduti sotto l'impero di questa ordinanza, non esitarono ad annullare i testamenti, che i notai avevano fatto scrivere dai loro giovani di studio (5). Il codice ha seguito l'ordinanza del 1735, ed un testamento sarebbe evidentemente nullo, se lo stesso notaio non avesse tenuto la penna. Ciocchè risulta dalle parole « deve essere scritto dal notajo ».

1531. Il testamento è ricevuto da due notai: può essere alternativamente scritto dall'uno e dall'altro, e se quello, che ha cominciato a scrivere, non può continuare per fatica o per qualunque altro motivo, può cedere il suo posto al suo confratello. Ed in effetti entrambi hanno uguale capacità per ricevere il testamento (6).

1532. Quando il testatore ha dato termine alle sue disposizioni, bisogna verificare, se il notajo ha esattamente raccolto tutte le sue volontà, ed appunto per ottenere tale risultamento il legislatore ordina, che il notaio dia lettura della sua redazione. D'altronde il testatore può fare delle addizioni alla sua volontà; può riformare o modificare qualcuna delle sue disposizioni; epperò è d'uopo, che prima di chiudere il testamento, gli si faccia conoscere l'insieme delle volontà, che ha espresso.

La lettura è una formalità talmente essenziale, che il testamento sarebbe nullo, se non avesse luogo.

1533. È rimarcabile non essere sufficiente, che la lettura sia data al testatore, ma essere necessario, che i testimoni siano presenti a questa lettura, e ciò a pena di nullità; dappoichè bisogna bene, che possano assicurare con la loro sottoscrizione, che quello, ch'è scritto, è conforme: 1. a quello, che è stato dettato dal testatore; 2. a quello, che è stato letto al testatore dal notaro.

1534. Se il testatore ed i testimoni non intendono punto la lingua francese, la lettura dovrebb'essere data dal notajo, nell'idioma, che loro è familiare. Il notajo deve allora fare una traduzione tanto esatta, che possibile, di quello, che ha scritto, ed adoprarsi a rendere tutta la forza dei pensieri (7). Mercè la sua traduzione e la sua interpretazione si stabilisce una comunicazione legale tra coloro, che parlano delle lingue differenti: i notai, officiali pubblici e giurati, sono gl'interpreti naturali ed officiali di questi atti, quando le parti non hanno l'uso della lingua francese (8).

1535. Non basta, che tutte le formalità che abbiamo enumerate, siano state osservate, ma occorre ancora, che la pruova ne sia fornita dallo stesso testamento; dappoichè un testamento, vale a dire il più solenne di tutti gli atti della vita umana, deve sostenersi per le sue proprie forze senza avere bisogno di estrinseci soccorsi. Inutilmente si farebbe la pruova testimoniale dell'osservanza delle formalità prescritte dalla legge, se questa pruova non risultasse necessariamente dal contesto dell'atto. Ed ecco perchè la legge vuole, che sia fatta espressa menzione, che le formalità sono state adempite; in mancanza di questa menzione, la legge suppone, che siano state omesse.

Nulladimeno non bisogna credere, che quantunque il legislatore abbia creduto utile di ordinare, che le solennità dei testamenti siano adempite esattamente ed alla lettera, abbia inteso prescrivere quelle pratiche superstiziose, che giusta l'espressione di d'Aguesseau sono come una specie di trappola tesa ai notai, e per essi ai testatori (9). Nulla vieta di riceversi l'equipollenza, purchè questa equipollenza adempisca *adequate et identice* lo scopo del legislatore (10).

(1) Devill., 2, 2, 173 e 258.

(2) Devill., 2, 1, 882 (*Palazzo*, 6, 70).

(3) Merlin, Repert., v° *Lingua francese*, p. 734. Il legislatore esige l'identità di pensiero e non quella delle parole. (Toullier, t. V, p. 389) Così la corte di cassazione ha giudicato, che un notajo poteva redigere un testamento in terza persona (18 gennajo 1809, Devill., 3, 2, 8). È da stupire, che vi sia stato bisogno di un arresto per decidere una cosa sì chiara.

(4) *Infra*, n. 1534.

(5) Furgole, cap. 2, sez. 3, n. 7. « È una saggissima « precauzione, egli dice, per ovviare alle frodi, ed affinchè non si possa collocare ne' testamenti delle dis« posizioni, che il testatore non avrà dettato. » Aggiungi Merlin, Repert., v° *Testamento*, sez. 5, art. 4, p. 607.

(6) Furgole, *loc. cit.*, cap. 2, sez. 3, n. 8. V. pure Toullier, t. V, n. 421.

(7) *Sopra*, n. 1529.

(8) Metz, 19 dicembre 1816 (Devill., 5, 2, 216).

(9) T. 8, 9, p. 477, lettera de' 30 decembre 1742 al primo presidente del parlamento di Grenoble.

(10) Ricard, *Delle donazioni* part. 1, cap. 5, sez. 6, ni 1502 e 1504. « Gli arresti, egli dice, non hanno

Il signor Merlin (1) sviluppa benissimo i motivi, che hanno indotto il legislatore a richiedere la menzione espressa delle solennità ordinate per la validità degli atti di ultima volontà. Il primo di questi motivi, dice questo giureconsulto, è per garentire, il secondo per constatare l'osservanza di queste stesse solennità. Una grande obietto ha diretto in tutti i tempi coloro, che sono stati incaricati di fare dei regolamenti sulle disposizioni di ultima volontà, quello di prevenire le suggestioni e gli errori. D'onde delle formalità più minute di quelle richieste per gli altri atti della vita civile, e delle solennità, la cui omissione fa crollare le più favorevoli disposizioni. Si che si sono dovute stabilire delle garentie e delle pruove dell'osservanza di questa formalità, e la menzione espressa è destinata ad adempiere questo doppio obietto. Vi è garentia agli occhi della legge nella menzione espressa, perciocchè delle due cose l'una; o il notajo non si conforma alle solennità, che possono abilitare un testamento, e nonpertanto attesta di esserne stato scrupoloso osservatore, ed allora si espone alla pena dei falsari. Ora il carattere pubblico, di cui un notaio è rivestito, il sentimento d'interesse personale, proprio d'ogni individuo, lo guideranno ad osservare fedelmente la legge anzichè attirarsi sulla sua testa l'infamia e la perdita del suo stato. Ovvero egli osserva le formalità prescritte senza constatarlo; ma come la legge potrà prestare fede a questa osservanza, quando vede il notajo obliare di farne menzione, ed esporsi ai danni ed interessi per una omessione del tutto inverosimile? Imperocchè se il notaio è sufficientemente versato nel suo stato per conoscere le solennità proprie di un testamento, è impossibile d'ignorare l'obbligazione, in cui è di constatarlo; e se ha avuto cura di osservarle, come la sua prudenza lo avrebbe istantaneamente abbandonato per fargli obliare di farne la menzione espressa nel contesto dell'atto? La legge non può supporre due cose così contradditorie, ed ama meglio di credere, poichè la verosimiglianza ve l'astringe, che il non parlarsi delle formalità dipende dall'esserne state trascurate, e che il notaro per una ignoranza singola e delle sue funzioni, non conosceva le solennità, da cui dipende la validità di un testamento, più dell'obbligazione di fare menzione della loro osservanza.

Diciamo da un altro lato, che nella menzione vi è pruova legale di non essere stato ingannato il voto della legge. Dapoichè il carattere del notaio, la presenza dei testimoni, che non avrebbero tralasciato di reclamare, quella del testatore, che più di ogni altro avrebbe avuto interesse a fare sentire le sue doglianze, sono tante pruove, che la menzione espressa prova la verità. D'altronde quanti inconvenienti, se la pruova delle solennità potesse dipendere dai mezzi estrinseci? In quello, che appartiene alla pruova testimoniale, si può esigere, che i testimoni si ricordino dopo un tempo lungo di tali circostanze, che facilmente si cancellano dalla memoria? In quello, che si attiene alla pruova per perizie calligrafi, non si sa forse, che la scienza di questi pratici è congetturale ed ingannatrice, come diceva Talon nelle conferenze sul progetto di ordinanza del 1670? Come dunque conoscere la esatta verità? Potevasi abbandonare a dei mezzi sì incompleti così fuggitivi la pruova delle solennità, che ultimano un atto, messo al di sopra dei regolamenti della legge sulle successioni *ab intestato*?

Tutte queste considerazioni provano, che non si esige per puro formalismo la menzione espressa delle solennità proprie del testamento.

1536. Esaminiamo le difficoltà, che l'esecuzione del nostro articolo può presentare.

Esso esige quattro cose ben distinte.

1. Che il testamento sia dettato dal testatore.

2. Che sia scritto dal notaio.

3. Che ne sia fatta lettura al testatore.

4. Che i testimoni siano presenti a questa lettura.

Di tutte queste formalità deve essere fatta espressa menzione a pena di nullità e la legge riconosce per validi i soli testamenti, nei quali la menzione di queste quattro formalità è espressamente scritta (2).

1537. Parliamo dapprima della dettatura. È indispensabile, che il notaio attesti, avere il testatore egli stesso dettato le disposizioni testamentarie.

Dettare, secondo l'Accademia Francese vuol dire pronunziare parola per parola quello, che un altro scrive contemporaneamente. Ecco la idea; la parola dettare non è sacramentale; ogni locuzione, che esprimerà questa idea *adequate et identice*, adempirà al voto della legge.

Secondo il nostro articolo il testamento deve essere dettato al notaio o ai notai. Ora i termini « dettare a qualcuno » si prendono in due sensi differenti.

Talvolta significano pronunziare parola per parola innanzi a qualcuno quello, che questi scrive personalmente egli stesso, e talvolta pronunziare innanzi a qualcuno quello, che viene scritto da un altro. Prendendo la parola det-

« ammesso l'equipolenza, se non è identica, e se quello, « ch'è usato per compiere le formalità prescritte dalla « consuetudine, non comprende la sua intenzione *adaequate et identice*, per servirmi de' termini della filosofia. »

(1) Repert., v° *Testamento*, sez. 2, § 2, art. 4, p. 610 e seg. Requisitoria nella causa Duchâtelet.

(2) Merlin, Repert. v° *Testamento loc. cit.*, p. 610, col. 2 *in fine*.

Digitized by Google

tare nel primo di questi significati, si dice: « vengo dall' avere dettato una lettera al mio segretario », e nel medesimo senso l' adopra l' art. 972 del codice Napoleone, quando decide « che se vi è un solo notaio, il testamento dev' essere dettato dal testatore e scritto dal notaio ». Allora la persona, che scrive, è la stessa di quella, cui si detta.

La parola dettare è adoprata nel secondo significato dall' articolo 972, quando dice: « Se il testamento è ricevuto da due notai, viene loro dettato dal testatore, e deve essere scritto da uno dei due notai, come viene dettato: « Ed in effetti si comprende, che in questo caso il testamento non potendo nè dovendo essere scritto, che da uno dei due notai, è impossibile, che queste parole « è loro dettato », abbiano relativamente a colui, che non scrive, un senso diverso da questo: » pronunziato innanzi di loro (1).

La parola « loro » è stata inserita nell' articolo 972 su di una osservazione del signor Tronchet, « per esprimere, che la presenza « dei due notai è necessaria durante la rece- « sione del testamento (2) ».

1538. Sieguono da queste disposizioni e da queste spiegazioni due cose importanti in una materia, in cui le più piccole concessioni hanno le conseguenze più gravi.

La prima, che quando il testamento è ricevuto da due notai, non è necessario di dire, che il testamento è stato loro dettato, ma basta, che l' atto provi, avere il testatore pronunziato le sue disposizioni in loro presenza, dapoichè è il vero senso della parola « dettare » adoprata in questa parte dell' articolo (3).

La seconda, che quando il testamento è stato ricevuto da un solo notaio, non è necessario di dire, che il testamento è stato dettoto, e che è stato dettato al notajo; perocchè nel caso, che ci occupa, l' art. 972 non ha detto, che il testamento sarà dettato al notaio, ma ha detto soltanto, che il testatore dovrà dettarlo. D' altronde siccome il notaio, che instromenta, deve scrivere *propria manu*, e che dettare qui vuol dire pronunziare ciocchè qualcuno scrive nel medesimo tempo, è manifesto, che unicamente a questo notaio la dettatura poteva essere fatta (4).

1539. Il nostro articolo non esige, che il notaio nel fare espressa menzione della dettatura, aggiunga, che questa dettatura è stata fatta in presenza dei testimoni; e la ragione si è, che questa circostanza risulta sufficientemente dal contesto dell' atto, ov' è detto, essere stato il testamento ricevuto in presenza di tali e tali testimoni, dapoichè la recesione comprende, come abbiamo detto, (5) la dettatura e la scrittura. Ora dire, che il testamento è stato ricevuto in presenza dei testimoni, è dire di essere stato dettato alla loro presenza. *Pars in toto continetur* (6). Un arresto della corte di Metz dei 19 di dicembre 1816 (7) ha giudicato in questo senso.

1540. Abbiamo detto or ora, che la legge non prescrivendo verun termine sacramentale, gli equipollenti sono ammessibili, purchè rimpiazzino *adaequate et identice* la disposizione, che sono destinati a supplire; così la corte di Parigi ha deciso, che la dichiarazione di essere stato il testamento pronunziato dal testatore e scritto dal notaio a misura, che il disponente pronunziava, è un equivalente della menzione della dettatura (8).

Ma non vi sarebbe perfetta equipollenza se in luogo della parola « dettato » ovvero della perifrasi adoprata nella specie della corte di Parigi, fosse detto nel testamento: « profferito « dalla sua propria bocca, e che i notai hanno « redatto per iscritto (9) ». Ed in effetti da questa locuzione non risulta, che il testamento sia stato scritto nel tempo stesso, che il testatore pronunziava parola per parola le sue ultime volontà.

1542. Passiamo ora alla mensione della scrittura fatta dal notaio. Poichè il notaio è obbligato di scrivere il testamento egli stesso, deve pure espressamente menzionare, averlo scritto egli stesso. Se la legge non avesse presa questa saggia precauzione, sarebbe stato difficilissimo e sovente impossibile di assicurarsi, se il notaio ha adempito le sue obbligazioni. Perocchè i testimoni istromentari possono morire, e la pruova del carattere per perizia è estremamente dubbia. D' altronde la minuta del testamento può perdersi, ed allora quale garentia si avrebbe dell' adempimento della solennità?

Per verità sotto l' ordinanza del 1735 la giurisprudenza non era nell' uso di annullare i testamenti, ove non era la menzione di essere state scritte le disposizioni di mano del notaio. Ma la ragione si era, che l' ordinanza non lo prescriveva (10).

(1) Merlin, Repert., v° *Testamento*, sez. 2, § 3, art. 2, p. 652, col. 1 e 2.

(2) Locré, t. XI, p. 233.

(3) Merlin *loc. cit.* Cassaz., 19 agosto 1807 (Devill., 2, 1, 426).

(4) Questo è stato giudicato da quattro arresti della corte di Bruxelles de' 25 marzo e 25 giugno 1806 (Devill., 2, 2, 128 e 153) 7 febb. 1807 e 16 genn. 1808 (Devill., 2, 2, 196 e 323). Questa è pure la dottrina del sig. Merlin, Repert., v° *Testamento* sez. 2. § 3, art. 2, p. 653, ed add., v° *Testamento* t. XVII, sez. 2, § 3, art. 2, quest. 4, p. 700 *e seguenti*.

(5) N.° 1506.

(6) Repert., v° *Testamento*, sez. 2, § 3, art. 2, p. 653 col. 2, lin. 2.

(7) Devill., 5, 2, 216.

(8) 17 luglio 1806 (Devill., 2, 2, 159), e Douai 28 nov. 1814 (Devill., 4, 2, 419).

(9) Arresto del parlamento di Parigi de' 16 febb. 1717 (Ricard, p. 1, n. 1505).

(10) Furgole, *Testamento*, cap. 2, sez. 3, n. 86.

Digitized by Google

Il codice è andato più lontano con una precauzione forse eccessiva, ma il cui scopo è d'impedire, che non si ponghino nel testamento delle disposizioni estranee alla volontà del testatore. Vuole dapprima, come l'ordinanza del 1735, che il testamento sia scritto di mano del notaio; esige poi qualche cosa dippiù, cioè che ne sia fatta espressa menzione. La mancanza di questa menzione produrrebbe la nullità del testamento (1).

Questa decisione dovrebbe avere luogo anche quando non fosse contrastato, che il carattere sia quello del notaio. Basta che la legge abbia richiesta la menzione espressa di avere il notaio scritto il testamento di sua propria mano, perchè questa omissione vizi il testamento. In simile materia tutto è di rigore, e la legge dev'essere osservata esattamente anche con le più minute precauzioni.

1543 Il nostro articolo non prescrive delle parole sacramentali per constatare le formalità, di cui noi ci occupiamo, e gli equipollenti vi possono essere ammessi secondo la dottrina qui sopra citata (2). Ripetiamo, che questi equipollenti non sono ricevuti, che in quanto non lasciano veruna incertezza, e che adempiono identicamente l'oggetto, lo scopo, e la idea della parola che sono destinati a rimpiazzare.

Differenti corti hanno dato pruove della loro severità a non ammettere, che dei perfetti sinonimi, nè sarà inutile di darne qualche esempio a fine di mostrare quanto è pericoloso di allontanarsi con la più piccola deviazione dal sentiero tracciato dal legislatore.

Un testamento finiva con queste parole: «Fatto, letto, rogato, e redatto di seguito e senza interruzione dal detto notaio.» La corte di Besanzone l'annullò per la ragione, che non vi era la pruova di essere stato scritto dall'uffiziale instrumentario. La parola «redigere» adoprata come sinonimo, fu trovata insufficiente, ed in effetti essa indica solamente un'operazione dello spirito, mentre la parola «scritto» indica un'operazione della mano, si può redigere un atto, una memoria senza scriverla da sè stesso, ma dettandola al proprio segretorio; si può scrivere senza redigere, come fanno i copisti, e coloro che scrivono sotto lo dettatura. Per verità lo stesso testamento diceva di essere stato dettato dalla testatrice, di talchè si poteva dire, che la testatrice avendo ella stessa dettato il testomento, la parola *redatto*, evidentemente non si applica qui, che alla scrittura. Ma questa induzione, che aveva indotto il tribunale di primo istanza a mantenere il testomento, poteva non essere esatta; non sempre si detta quello, che da sè stesso si è redatto, e dalle menzioni esistenti nell'atto risultava, che il notaio aveva redatto il testamento, vale a dire coordinato e messe in ordine le disposizioni contenutevi, e la testatrice aveva dettato secondo questa redazione. Però l'atto lasciava ignorare completamente, chi avevo prestato la sua mano per mettere per iscritto queste disposizioni sotto la dettatura della testatrice. Lo arresto della corte di Besanzone fu confermato con arresto della corte di cassazione dei 4 di febbraio 1808 (3).

1544. La corte di Torino ha renduto una simile decisione relativamente ad un testamento, nel quale il notaro aveva inserito, essergli stato questo testamento dettato, averlo egli redatto, fatto e disteso, ed averne dato atto. Col suo arresto dei 22 di febbraio 1806 (4) decise, che queste parole «redigere, distendere, fare» si riferivano piuttosto ad un'operazione della mente, che ad un'operazione della mano (5).

1545. Nulladimeno pensiamo, che la quistione sarebbe suscettibile di una differente soluzione, se il notaio dicesse di avere redatto l'atto sotto la dettatura del testatore, imperocchè è impossibile di dare qui alla parola «redigere» il vero significato, e di prenderla nel senso di un'operazione della mente. Queste parole «redigere sotto la dettatura» importano due idee inconciliabili, se queste parole si prendono nel loro rigoroso significato. Per lo che il notaio si sarebbe servito di un'espressione impropria, e la modificazione aggiunta alla parola «redigere» proverebbe di essere stata adoperata nel senso di scrivere.

Diremo altrettanto del caso, in cui il notaio avesse menzionato, che «la testatrice ha dettato «le disposizioni, e che sono state redatte da «lui stesso parola per parola a misura, ch'essa «le ho pronunziate». Queste espressioni di dettaglio sono qui anche esclusive del senso ordinario, che si associa alla parola *redigere*, e non possono applicarsi, che al fatto materiale della scrittura. Il che è stato riconosciuto da un arresto di Nimes dei 26 di marzo 1838 (6).

1546. La corte di Torino ha deciso, che la menzione di avere il notaio «ricevuto» il testamento, non adempie il voto della legge, che esige la menzione espressa della scrittura (7).

(1) Il che è stato giudicato dalla corte di cassazione il 10 termidoro anno XIII, per arresto renduto a sezioni riunite sulle conformi conclusioni del sig. Merlin (Repert., v° *Testamento*, sez. 2, § 2, art. 4, da 603 a 617), e l'autorità di questo primo arresto è stata confermata da un secondo in data dei 4 febb. 1808 (Devill., 2, 1, 483).

(2) N. 1533.

(3) Devill., 2, 1, 483. V. pure Merlin, *loc. cit.*, p. 617.

(4) Devill., 2, 2, 118.

(5) La stessa specie si presentò anche più tardi, e ricevè una simile decisione con un arresto, che fu confermato il 27 di maggio 1807, con arresto della corte di cassazione (Devill., 2, 1, 394).

(6) *Palazzo* 38, 1, 655.

(7) 22 marzo 1806 (Devill., 2, 2, 126).

La parola « ricevuto » riunisce bene con essa due idee quella della dettatura, e quella della scrittura; ma non indica la persona, che ha scritto, e siccome potrebbe essere del pari bene adoprata nel caso, in cui l'atto è scritto da un giovane dello studio, ne siegue, essere insufficiente (1).

Un caso non meno rimarchevole è quello, ch'è stato giudicato il 16 di decembre 1806 dalla corte di Tolosa (2), il cui arresto decide, che la menzione fatta dal notaio « che ha ricevuto il testamento a misura, che gli è stato dettato » non è equipollente alla menzione che il notaio ha scritto il testamento tale quale gli è stato dettato.

1547. Veniamo ora alla famosa causa *Duchâtenet*, della quale abbiamo già parlato, quando abbiamo citato l'arresto della corte di cassazione dei 10 termidoro anno XIII (3). Il qual arresto non solamente ha giudicato, dovere contenere il testamento a pena di nullità la menzione di averlo scritto il notaio, ma ha giudicato ancora, che le parole « dettare al notaro » non possano supplire la menzione della scrittura dal notaio. Si diceva per sostenere il testamento della signora Letellier, attaccato dagli eredi *ab intestato*, e difeso dal sig. Duchâtenet, legatario, che « dettare » volendo dire « pronunziare parola per parola quello, che un altro nello stesso tempo scrive, » questa parola presentava necessariamente la idea della testatrice, che detta e del notaro, che scrive, e per conseguenza lo scopo della legge è adempito.

Ma il sig. Merlin, che aveva la parola, dimostrò giusta il testo dello stesso art. 972, che si può dettare a qualcuno, che non scrive, come per esempio quanto il testamento è ricevuto da due notai, che loro si detta le disposizioni di ultima volontà, e che uno di loro soltanto scrive. D'onde questo Magistrato ricavò la conclusione, che la parola dettare, non voleva dire, che il notaio instrumentante avesse scritto, poichè potevasi anche bene adoprare nel caso, in cui un giovane di studio tenesse la penna, come praticavasi in più luoghi prima dell'ordinanza del 1735; che la parola « dettare » era dunque insufficiente per dipingere l'operazione del notaio, che scrive, e che il Codice l'aveva così bene compreso, che non erasi contentato di dire, che il testamento sarebbe « dettato dal testatore » ma aveva soggiunto, che sarebbe « scritto dal notaio ».

Il sig. Merlin aggiungeva un altro motivo gravissimo, cioè, che se il notaio fosse stato attaccato per motivo di falso, supponendo non essere stato egli, che aveva scritto il testamento sarebbe stato impossibile di condannarlo per la sola ragione di aver enunciato di esserégli stato il testamento dettato; che nessun giudice avrebbe potuto vedere in quest' enunciazione l'allegazione di avere scritto il testamento; e che perciò quello, che non era nè poteva essere costante agli occhi de' giudici criminali, non era nè poteva essere costante agli occhi de' giudici civili.

Il sig. Duchâtenet ebbe bel'o a dire, non essere il carattere contrastato; essere impossibile, ch'altri, che il notaio l'avesse scritto, la corte non serbò meno l'arresto della corte di Parigi, che cassava il testamento.

Questa decisione famosa pe' principi, che implicitamente consacra sull'ammessione degli equipollenti, è divenuta la regola de' tribunali. Abbiamo veduto le corti conformarvisi negli arresti, che abbiamo qui sopra citati (4), e ne risulta evidentemente, che non si debbono ammettere come equipollenti, che le parole perfettamente sinonime e tali come dice Ricard, « che non vi si possa raffigurare qualche « differenza ».

1548. Si è messo in quistione se bisognava, che il notaio menzionasse non solamente di avere scritto il testamento ma di averlo scritto tale, quale gli è stato dettato. La corte di Torino ha giudicato per la negativa con un arresto de' 16 di aprile 1806 (6) che ci sembra eccellente, e ch'è stato seguito da altri arresti renduti nel medesimo senso da molte altre corti. Ed in effetti la collazionata, che si fa dopo la dettatura e prima della sottoscrizione prova, quando non vi è reclamo da parte del testatore e de' testimoni, che quello, ch'è stato scritto è conforme a quello, ch'è stato dettato.

D'altronde si rimarcherà, che l'articolo 972 non aggiunge le parole « tale qual'è dettato » parlando del testamento ricevuto da un solo notaio, e che se ne serve solo, parlando del testamento ricevuto da due di questi officiali. E perchè questa differenza tra due casi, che sono assolutamente gli stessi? Perchè queste parole altro non sono, che un consiglio soprabbondante dato al notaio, perocchè se scrivesse altra cosa di quella, che gli è stata dettata, il testatore non si starebbe dall' elevare le sue doglianze, e ricuserebbe di sottoscrivere, del pari, de' testimoni.

Si obbietterà forse, che la parola « ugualmente » che si trova nella parte dell' art. 972 relativa al testamento ricevuto da un solo notaio, rende comune ad esso le circostanze ri-

(1) Un'altro arresto della stessa corte dei 31 agosto 1808 (Devill., 2, 2, 434), ha pure giudicato una specie simile.

(2) Devill., 2, 2, 182.

(3) *Sopra* n. 1512.

(4) V. n. 1512 e seguenti — *Aggiungi* Liège, 11 termidoro anno XII. Parigi, 3 frimaire anno XII (Devill., 1, 2, 208, 165). Bruxelles, 25 nevoso anno XII (Devill., 1, 2, 175).

(5) P. I, n. 1502 *e seguenti*.

(6) Devill., 2, 2, 134.

Digitized by Google

chieste dal testo, che precede. Ma sarebbe dare troppo estensione alla parola « ugualmente », che qui serve soltanto a legare due membri di frase, che hanno tra loro molt'analogia per la idea, che esprimono.

1549. Il nostro articolo non fissa alcun luogo preciso per mettere la menzione della scrittura fatta dal notaio, ed il buon senso insegna, potersi questa menzione trovare indifferentemente nella fine, nel principio, o nel mezzo dell'atto. Nondimeno quando si vede, che la corte di Cassazione è stata obbligata di rendere un arresto per consacrare una cosa così chiara, e nonpertanto sconosciuta dagli eredi *ab intestato* (1), non si può far a meno di gemere su'rigori e le funeste cavillazioni adoprate dalla chicana per inviare degl'infelici contendenti. Il card. c' insegna essersi elevata a tempo suo la stessa pretensione (2), ed essere stata respinta da più arresti.

1550. Occupiamoci della menzione della lettura al testatore in presenza de' testimoni. Abbiamo detto (3), che i testimoni debbono essere presenti alla lettura data al testatore dal notaio. Il nostro articolo esige, che ne sia fatta espressa menzione. Questa menzione deve dunque contenere due cose; 1° la lettura al testatore; 2° la presenza de' testimoni a questa lettura.

I tribunali si sono mostrati così severi sull'esecuzione di questa disposizione come sulle altre formalità, delle quali abbiamo reso conto precedentemente.

1551. Dapprima non basterebbe, che il notaio enunciasse, aver egli fatta lettura dell'atto, ma bisognerebbe, che aggiungesse di averlo letto al testatore; il che senza difficoltà potrebbe farsi per mezzo di equipollenti, come se fosse detto: « dopo lettura, il testatore ha dichiarato di persistervi » Dall' insieme della frase risulta ben chiaramente, che in conseguenza della lettura il testatore è persistito, e che conseguentemente a lui la lettura è stata fatta (4).

L'ordinanza del 1735 non era così esigente. La parola « letto » bastava essa sola per giustificare l'adempimento della formalità (5). Nulladimeno d'Aguesseau aveva emesso l'avviso nella sua lettera de' 30 di decembre 1742 (6), che bisognava esprimere anche sotto di questa ordinanza di essersi la lettura diretta al testatore. Il codice ha adottato quest'avviso, ed esige, che « sia data lettura al testatore », e che ne sia fatta espressa menzione (7).

1552. Bisogna inoltre, che i testimoni siano presenti a questa lettura, e che l'atto ne faccia menzione, a menochè questa presenza non risulti necessariamente dal contesto dell'atto (8). Ogni equivoco su questo punto sarebbe pregiudizievolissimo alla validità del testamento, perchè nel dubbio si deve decidere pel partito più favorevole all'erede del sangue (9).

Un gran numero di esempi attestano la verità di quello, che abbiamo detto.

La corte di Bruxelles ha deciso con un arresto dei 18 ventoso anno 13 (10), che dall'essere stati i testimoni presenti alla confezione del testamento ed all' interpellazione di sottoscrivere quest'atto; da che inoltre era costante di aver eglino sottoscritto immediatamente dopo la lettura, non ne seguiva aver eglino assistito alla lettura, se il testamento non lo diceva; che non si poteva supplire con induzioni alla menzione espressa, che esige l' articolo 972. Si ricorse contra di questo arresto, ma il ricorso fu rigettato con arresto dei 19 frimaio anno XIV, renduto sulle conformi conclusioni del signor Merlin (11).

Si diceva, che non era da presumersi, che i testimoni si fossero ritirati pendente la lettura; che la loro presenza all' intiera redazione del corpo del testamento essendo provata come la loro sottoscrizione, ne seguiva, che la lettura avendo avuto luogo tra la dettatura e la sottoscrizione, era verosimile, essere eglino stati anche presenti a questa operazione.

Ma la corte decise in termini formali, che esigendo la legge una menzione espressa, non permetteva, che l' esecuzione delle formalità si presumesse dal generale contesto del testamento o su perifrasi estranee alla formalità della lettura; che non si debbono ammettere altre espressioni equivalenti oltre quelle che sono sinonime ed identiche di quelle richieste dalla legge.

(1) 26 luglio 1808 (Devill., 2, 1, 558) Merlin, Repert., v° *Testamento*, sez. 2, § 2, art. 4, col. 2, n. 5, p. 618.

(2) Part. 1, n. 1518.

(3) N. 1533.

(4) Merlin, Repert., v° *Testamento*, sez. 2, § 3, art. 2, p. 369, col. 1 e 2.

(5) Come è stato giudicato da molti arresti riferiti da Merlin, Repert. v° *Testamento*, sez. 2, § 3, art. 1, p. 630 e *seguenti*., ed ancora Add., v° *Testamento*, sez. 2, § 2, art. 11 e seg., p. 397 e seg., o nelle Quistioni di dritto, v° *Testamento*, § 10.

(6) T. IX, p. 477.

(7) Torino, 30 frimaio anno XIV (Devill., 2, 2, 101). Aix 11 maggio 1807 (Devill., 2, 2, 241).

Quest'arresto giudica, che la menzione, che il testamento « è stato letto nell'appartamento ed accanto al letto del testatore », non è equipollente della menzione « letto al testatore ». Perciocchè sarebbe possibile, che il testatore fosse fuori del suo letto ed uscito dall'appartamento. Ma dire « letto in presenza del testatore » è un equipollente, che basta, dapoichè secondo la legge 209, D. *De verb. signif.*, non si può presumere, che uno faccia qualche cosa in presenza di un altro, se non in quanto egli lo fa « *eo sciente et intelligente* » (Repert., XVII, p. 708, col. 2, quest. 4) Bruxelles, 18 luglio 1807 (Devill., 2, 2, 280).

(8) Cassazione 7 dicembre 1846 (Devill., 47, 1, 171. *Palazzo* 1846, t. II, p. 765).

(9) V. *Sopra*, n. 1512.

(10) Devill., 2, 2, 32.

(11) Devill., 2, 1, 191. V. pure Merlin, Repert., v° *Testamento*, sez. 2, § 3, art. 2, p. 639 *e seguenti*.

Il testamento del signor Davonneau dopo di avere menzionato la lettura al testatore, finiva con queste parole « fatto e passato nella camera in presenza di. . . testimoni » : la corte di cassazione decise, che questo membro della frase essendo separato da quello, nel quale parlavasi della lettura, non poteva riferirvisi, e conseguentemente cassò per difetto di menzione della lettura in presenza dei testimoni l' arresto, che aveva validato il testamento(1).

1553. Ecco una specie divenuta famosa, e che non cessa di essere citata nei tribunali. La signora Franqueville fa il suo testamento per atto pubblico, ed il notaio lo termina con le seguenti parole: « Il presente testamento così « dettato dalla testatrice a noi notaro, che lo « abbiamo scritto di nostra mano in presenza « di .. testimoni, chiamati a ciò, ai quali ne « è stata data lettura del pari, che alla signora « testatrice, ed hanno con la detta signora e « noi detto notaio sottoscritto dopo fatta lettura. » Si attaccò il testamento di nullità sotto pretesto di non risultare, che la lettura, fatta ai testimoni, sia stata fatta in presenza della testatrice. La corte di Caen dichiarò il testamento buono e valido; ma fu provveduto in cassazione,e l'arresto della corte di Caen fu cassato con arresto dei 24 di giugno 1811, renduto sulle uniformi conclusioni del sig. Merlin (2).

Questo magistrato fece osservare, che comunque vi fosse difficoltà solo sul punto di fatto, nondimeno questo punto non era di quelli, che la legge abbandona assolutamente alla coscienza dei magistrati; perocchè essa indica loro per risolverlo una regola, dalla quale non si possono allontanare senza esporre a cassazione i loro arresti. « Di tutto, essa dice, sarà fatta menzione (3) ».

Entrando dipoi sul fondo della causa, il signor Merlin dice, che il legislatore esigendo una espressa menzione, lo scopo non può essere adempito, se per equipollente di questa menzione si somministrano soltanto delle presunzioni o delle pruove morali, per quanto speciose e per quanto forti esse siano. Bisogna, egli aggiunse, una pruova autentica, irrefragabile e tale, che la sola inscrizione in falso possa attenuarla.

Le parole « letto a'testimoni come alla testatrice » non vogliono dire necessariamente, essere stata fatta la lettura a'testimoni nel tempo stesso, che alla testatrice; niente prova di esservi stata la simultaneità all'infuori delle verosimiglianze e delle presunzioni, che si possono respingere con altre verosimiglianze e presunzioni. Sotto del dritto romano, ove il testamento doveva essere fatto *uno contextu*, nulla impediva, che il testatore ed i testimoni non si separassero qualche istante per sodisfare a'bisogni naturali, che loro sopravvenivano (4). Questo caso può non essere rarissimo, perchè una legge si è creduta obbligata di prevederlo. Chi proverà, che nella specie uno o più testimoni non sono sortiti durante la lettura al testatore? Il testamento non giustifica il contrario ; perchè « letto ai testimoni del pari che al testatore » può benissimo e naturalissimamente applicarsi a due separate letture. Se uo istorico dicesse: « Luigi XIV ha conquistato l' Artois, la Fiandra l' Alsazia del pari che la Franca contea, « alle quali ha dato delle leggi, » potrebbe ragionevolmente rimproverarglisi di aver detto, essersi fatto tutto questo nel medesimo giorno e nel medesimo tempo?

Il signor Merlin pensò dunque, che non vi era nulla nel testamento, che potesse tener luogo della menzione espressa, perocchè quello, che lascia dei dubbi, non è espresso. L'arresto dei 24 di giugno 1811(5)consacrò questi principi con questa considerazione.

« Attesochè la clausola redatta in questa « forma presenta così bene la idea di una lettura separata fatta ai testimoni come quella « di una lettura simultanea fatta in presenza « degli uni e degli altri, da che siegue, che la « menzione espressa della lettura in presenza « dei testimoni e della testatrice , imperiosamente richiesta dalla legge, non si trova « nella clausola del detto testamento» ecc.(6).

1554. Il signor Toullier (7) trova questa giurisprudenza irragionevole, e dice, aver essa prodotta una tale incertezza sulla sorte dei testamenti, che i giureconsulti per prudenza si vedevano obbligati di consigliare alle persone, che sapevano scrivere, di aggiungere un testamento olografo al loro testamento autentico ; stupisce, che la corte di cassazione nell'elevare l'edifizio di questa giurisprudenza tanto rigorosa quanto sottile, abbia obliato il gran principio contenuto nell' articolo 1157 del codice Napoleone (a) e nella legge 12 D. , *De reb. dubiis*. « Quando una clausola è suscettiva di

(1) Merlin , Repert., v° *Testamento* sez. 2, § 3, art. 2, p. 641 e seg. Si trova pure quest'arresto, ch' è del 23 di maggio 1810, in Devill., 3, 1, 187.

(2) Repert., v° *Testamento*, sez. 2, § 3, art. 2, p. 644 e seg. V. pure Sirey (Devill., 3, 1, 366).

(3) *Loc. cit.*, paragrafi 4 e 5.

(4) L. 28, C., *De testam.* « *Si quid autem necessarium evenerit, et ipsum corpus laborantis respiciens contigerit, id est vel victus necessarii, vel potionis oblatio, vel medicaminis datio, vel impositio, quibus relictis, ipsa sanitas testatoris periclitetur, vel si quis necessarius usus naturae ad depositionem superflui ponderis immineat, vel testatori, vel testibus: non esse ex hac causa testamentum subvertendum, licet morbus comitialis, (quod et factum esse comperimus) uni ex testibus contigerit: sed eo quod urget, et imminet, repleto, vel deposito, iterum solita per testamenti factionem adimpleri.* »

(5) Merlin, Repert , v° *Testamento* sez. 2, § 3, art 2, p. 647, col. 1 e 2.

(6) *Aggiungi* Limoges, 8 luglio 1808 (Devill , 2, 2, 412). Cassaz , 6 maggio 1812 (Devill , 4, 1, 97).

(7) T. V, n 428, p. 401.

(a) Art. 1110 delle leggi civili. *Il trad.*

Digitized by Google

a due sensi, si deve intendere piuttosto nel « senso, nel quale può avere qualche effetto, « che nel senso, nel quale non ne potrebbe « produrre alcuno. » Aggiunge infine, che lo eccesso della sragione finisce col ricondurre le menti alle vere regole d'interpretazione; che le corti imperiali osarono di rigettare delle massime assurde, e che la stessa corte di cassazione diè l'esempio di una giusta imparzialità col riformare la sua antica giurisprudenza per ritornare ai veri principj. Da che questo autore conchiude, non bisognare più fermarsi agli arresti anteriori a questa riforma, e specialmente all'arresto dei 24 di giugno 1811.

Non consiglieremo ai notai di credere sulla parola a queste osservazioni del signor Toullier. Ci sembra che la giurisprudenza non ha cessato di mantenere negli arresti la severità della legge, e che vi sarebbero da temere dei grandi pericoli pei testamenti, che si allontanassero dalle formalità, con tanto scrupolo richieste in questa materia eccezionale.

Rimarcheremo di poi, che il signor Toullier dà ai giureconsulti una falsa bussola, consigliando loro di prendere per guida l'art. 1157 del codice Napoleone. Sappiamo bene, che quest'articolo, quantunque messo sotto la rubrica « dell'interpretazione delle convenzioni », si applica ai testamenti, e che è tratto dalla legge 12 del D. nel titolo *De rebus dubiis*, che appartiene per intero alle materie testamentarie. Ma quando esso vi si applica? Quando l'atto essendo irregolare nella forma, si tratta unicamente di sapere ciò, che il testatore ha voluto. Ma quando il dubbio cade sulla regolarità del testamento, sull'osservanza delle formalità, ove la legge ha voluto, che tutto fosse espresso (1) bisogna decidersi a favore dell'erede *ab intestato* e contro l'esistenza del testamento, perchè l'incertezza ed il dubbio escludono l'osservanza espressa della legge (2). È il caso di dire con Cicerone *Dubitatio cogitationem significat injuriae* (3)

In quanto a quello, che dice il signor Toullier, dei dispiacevoli risultamenti della giurisprudenza della corte di cassazione, e del turbamento, che aveva gittato nell'animo dei testatori, non posso concepire che questo effetto sia stato la conseguenza di arresti, che restringevano per quanto è possibile il campo della interpretazione arbitraria e mantenevano l'esatta applicazione della legge. D'altronde è egli sì difficile ad un notaio, per quanto sia poco esatto, di menzionare tre formalità tanto semplici, quanto la dettatura del testatore, la scrittura del notaio, e la lettura in presenza dei testimoni? Non sembrerebbe, a sentire il signor Toullier ed i pretesi giureconsulti, di cui divide le apprensioni, che si tratti di una di quelle operazioni complicate ed ardue, che Loiseau chiama in qualche parte dei *capi di opera di giustizia*?

1555. Ma vediamo, se è vero, che la corte di cassazione abbia confessato con la riforma della sua giurisprudenza, che prima si era ingannata. Per giustificare la sua asserzione il sig. Toullier si ferma su gli arresti dei 21 di gennaro 1812 (4), 30 di nov. 1813 (5), 28 di novembre 1816 (6), 20 di nov. 1817 (7).

Nella specie del primo arresto la vedova Bolle aveva fatto un testamento, la cui chiusura era così concepita: « Così fu fatto e dettato dalla testatrice in presenza de' testimoni « e scritto per intiero da me notaio in presenza di costoro, letto e riletto alla testatrice « ecc. ».

Si attaccava il testamento per mancanza di menzione della lettura in presenza de' testimoni. Ma gli eredi instituiti rispondevano, che le parole « in presenza di costoro » si riferivano alle parole « letto e riletto alla testatrice »; che per verità n'erano separate dalla virgola, ma ch'era più ragionevole e più giusto di supporre, che il notaio abbia commesso un errore d'interpunzione, che di supporre, aver egli omessa una formalità prescritta dalla legge. Un arresto della corte di Bruxelles de' 12 di marzo 1811 dichiarò il testamento buono e valido. Si ricorse in cassazione.

Si vede, che tutto il processo consisteva in un punto o in una virgola: col sopprimere la virgola, o solamente col mettere un punto prima di queste parole « in presenza di costoro », si trova la menzione espressa voluta dalla legge, e ciò senza forzare il senso, senz'ammettere veruna congettura o verosimiglianza, senza null'aggiungere o supplire alle parole indicativo della presenza de' testimoni. In un caso co-

(1) Testo dell'art. 972.

(2) Furgole, *Trattato de' testamenti* t. 1, cap. 2, sez. 1, n. 2: « Nondimeno le leggi non hanno voluto « abbandonare intieramente il loro impero, perocchè « nel mostrarsi indulgenti in un punto alle volontà degli « uomini, nel dare loro una specie di potere legislativo « o la facoltà di derogare alla legge pubblica sulle suc- « cessioni *ab intestato*, esse hanno voluto tenerlo sog- « getto in un altro punto, prescrivendo de' confini a « questo potere, ed imponendo loro delle condizioni e « delle formalità, alle quali sono indispensabilmente le- « gate. Di là hanno preso origine tutte le solennità, « che le leggi hanno prescritto, e delle quali vogliono, « che a pena di nullità i testamenti siano rivestiti. » V. pure Merlin, Repert., v° *Testamento* sez. 2, § 2, art. 4, p. 616. *Aggiungi* Mantica, *De conject. ultim. volunt.* lib. 2, t. XV, n.i 13 e 14.

« ... *Si testator legum solemnitatem contempsit, habet quod sibi imputet, si testamentum nullius sit momenti* »

« ... *Testamentum non debet favorabiliter sustineri, si probabiliter posset dubitari, an defunctus voluerit testari.* »

(3) *De officiis*, 1, 30.

(4) Dalloz, 1812, 1, 19, 26 (Devill., 4, 1, 12).

(5) Id., 1814, 1, 19 (Devill., 4, 1, 476).

(6) Devill., 5, 1, 254.

(7) Devill., 5, 1, 385.

Digitized by Google

me questo la corte poteva dispensarsi dal rigettare il ricorso? E questo essa fece nel dichiarare, che la pruova dell'adempimento delle formalità non poteva dipendere dall'interpunzione, e che meglio valeva di adottare l'interpunzione, mercè la quale la clausola valeva (1). Come il sig. Toullier non vede, che il testamento fu mantenuto senza il soccorso di veruna congettura, che altro non si fece, che riformare una interpunzione viziosa, del pari, ch'è permesso di correggere un errore di ortografia in una sottoscrizione, e di supplire una cifra omessa in una data, come più sopra abbiamo detto (2)? Tutto quello, ch'è errore di penna, *mendum*, non mena a conseguenza secondo Menochio e lo stesso Toullier. Epperò si può comparare questa specie a quella, che abbiamo precedentemente analizzata e vedervi un cambiamento di giurisprudenza? Nonpertanto ecco l'arresto, che il sig. Toullier pretende di avere fatto una rivoluzione, uno di quegli arresti, dic'egli, che Bacone chiama energicamente *anchora legum!!* Certo, ci sembra, che una grande preoccupazione influenzava la mente del dotto professore di Rennes, quando ha creduto di trovare un appoggio della sua dottrina in questa decisione, che del resto il signor Merlin riguarda come sì poco contraria agli arresti precedenti, che la riferisce nel suo Repertorio immediatamente dopo l'arresto de' 24 di giugno 1811.

Ma sopra tutto come il sig. Toullier, che rigetta quest'ultimo arresto, potrà conciliare il suo arresto favorito de' 21 di gennaro 1812 con l'arresto de' 6 di maggio seguente, che giudica precisamente la medesima cosa dell'arresto de' 24 di giugno 1811, e ch'è tanto più positivo, quantochè cassa un arresto della corte di Liege (3)? La comparazione di questo monumento della saviezza della Corte Suprema non prova forse, che questa corte non ha voluto affatto abbandonare il 21 di gennaro 1812 la sua giurisprudenza anteriore, poichè il 6 di maggio 1812 la conferma con un arresto de' più decisivi (4)?

Un altro arresto analogo si trova ugualmente riferito da Merlin: non trattavasi di altro, che di una virgola (5), e dal posto, che si sarebbe data a questa virgola, dipendeva la menzione espressa, fatt'astrazione da ogni pruova morale, da ogni verosimiglianza attinta in altre clausole. Così quest'ultimo arresto non forma un giudicato maggiore di quello de' 21 di gennaro 1812.

1556. Il secondo arresto riferito dal signor Toullier è del 30 di novembre 1813. Il signor Merlin l'ha messo nel suo Repertorio (6). Eccone la specie: Chaulandard fa il suo testamento innanzi di un notaio, che lo termina così: « Lettura fatta al testatore delle disposizioni qui sopra, ha dichiarato di persistervi, di che atto, fatto e letto in presenza de' testimoni chiamati. » Si dimandò la cassazione di questo testamento, ma un arresto della Corte di Grenoble, infermativo di una sentenza di prima istanza, lo dichiarò buono e valido. L'erede *ab intestato* si provvide in cassazione, ed il 30 di novembre 1813 arresto della sezione civile, che decide, che la menzione della lettura fatta in presenza de' testimoni, non poteva intendersi, che della lettura, che il notaio ha detto di avere fatta al testatore, e che la Corte di Grenoble ha ben giudicato.

Come si vede, quest' arresto valuta la clausola impugnata non già secondo le pruove morali e le presunzioni, ma per l'interpretazione grammaticale e rigorosamente giusta delle parole adoprate dal notaio. « Leggere in presenza di qualcuno » lascia comprendere, che la persona, in di cui presenza si fa la lettura, non è lo scopo finale della lettura, ma che vi è una terza persona, alla quale essa più particolarmente si dirige. Ora chi è questa terza persona? Il notaio lo ha di già detto in un'esplicita maniera; è il testatore: « Lettura fatta al testatore ». Ecco qual'era l'interpretazione, la traduzione letterale della clausola, nè se ne poteva rivocare in dubbio il senso, se non per delle sottigliezze e degli equivoci riprovati dalla sana logica. Per lo che non vediamo ciocchè quest'arresto potrebbe provare a favore del sistema abbracciato dal signor Toullier.

1557. L' arresto de' 29 di nov. 1816 non è più concludente. La clausola impugnata era assolutamente la stessa (7) di quella, della quale abbiamo parlato, e se la Corte di cassazione fosse stata assai inconseguente per ammettere tutte le sottigliezze, che le si proponevano nello scopo di trovarvi del dubbio o della incertezza, si sarebbe dovuta rinunziare a servirsi dell' idioma francese per enunciare le proprie idee, e fare il processo ad una lingua così anfibologica.

(1) « La legge, (diceva D'Aguesseau in una lettera « al procuratore generale presso il parlamento di Grenoble) non determina nulla sulla forma delle espressioni. Essa non si attacca nè a' punti nè alle virgole, « essa non si occupa della situazione grammaticale, « nella quale il notaio mette il testatore per esprimere « le sue intenzioni. L'inesattezza del notaio non basta « per estendere la pena di nullità. La legge non ascolta « delle vane cavillazioni di parole, quando trova, che « quello, che ha voluto, è stato adempito; essa si occupa soltanto della cosa. » (T. IX, p. 477.)

(2) N.i 1484, 1496.

(3) Devill., 4, 1, 97.

(4) Il sig. Merlin trova quest'arresto dei 6 di mag. 1812 troppo severo. Report., v° *Testamento* add. 17, sez. 2, § 3, art. 2, p. 712, col 2.

(5) Repert., v° *Testamento* sez. 2, § 3, art. 2, p. 648.

(6) *Loc. cit.*, p. 649, col 2.

(7) Merlin trova perfetta identità nella specie di questi duo arresti nel suo XVII° vol. d'Add., p. 716, col. 1.

Digitized by Google

1558. Infine l'ultimo arresto de' 20 di novembre 1817 non può essere al sig. Toullier di un soccorso maggiore. Il testamento del sig. Delaporte ricevuto da un Notaio, a quanto pare poco esperto, era terminato così: « Ciò « si fu detto, dettato, e nominato dal testatore « a noi detto Notaio, così pure in presenza di « testimoni, ciocchè egli ha dichiarato di ben « sentire e ben comprendere ».

« Fatto e passato in presenza di. . . . . . « testimoni, che hanno sottoscritto, e per ri- « guardo del detto testatore, egli ha dichiarato « di non sapere sottoscrivere, di ciò interpel- « lato, dopo fatta lettura al detto testatore, « che ha detto di ben sentire e di ben com- « prendere ».

Con un poco di attenzione si vede che il testamento è stato dettato, scritto, sentito, ed approvato dal testatore in presenza de' testimoni. Nel primo paragrafo dice « in presenza de' testimoni, ben sentire » ; dunque lo si leggeva in presenza de' testimoni. Sfidiamo il più sottile logico di contrastare questa conseguenza, tanto più che il verbo « ben sentire » è nel tempo presente, lo che esclude il dubbio, che il tempo « avere ben sentito » avrebbe potuto fare sorgere sulla presenza de' testimoni alla lettura ; dapoichè avrebbero potuto assistere alla dichiarazione del testatore di avere bene sentito, senza essere stati presenti alla lettura. Invece l'uso del tempo presente prova unità di tempo nella lettura e nella dichiarazione di sentire, e giustifica, che queste due cose fanno parte di una sola e medesima operazione, della quale i testimoni sono stati spettatori. D'altronde la parola « fatto » che si trova ripetuta nel secondo paragrafo, si applica a tutte le operazioni, che hanno preceduto, e per conseguenza a quella, per la quale il testatore ha sentito il testamento.

La Corte di cassazione ha dunque giudicato, che risultava dal contesto del testamento, di cui si trattava « essere stato dettato, « scritto, sentito ed approvato dal testatore in « presenza de' testimoni, e di essere stata fatta « menzione di questa doppia formalità ». Agli occhi di ogni uomo giusto non poteva giudicare altrimenti (1).

1559. Invano adunque il sig. di Toullier ha intrapreso di rovesciare l'edificio regolare di una giurisprudenza, il cui scopo è di tenere la mano all'esecuzione delle disposizioni del codice sulle solennità de' testamenti. Invano per scuoterli meglio, tenta di stabilire delle variazioni, che non esistono. Bossuet volendo provare, che la riforma altro non era, che una religione di errore, frutto delle imposture umane, mise in gran luce tutte le variazioni, che attestavano la sua esistenza vacillante. Ma Bossuet provò quello, che asseriva, con una logica, che la sua eloquenza rendeva anche più penetrante. Il sig. Toullier ha voluto servirsi della stess'arme, ma si è spuntata nelle sue mani, ed i suoi inutili sforzi provano sempreppiù, che una giurisprudenza così costante come quella, che dirige la Corte di cassazione, deve prevalere su di un sistema, che unicamente si basa sui falsi bagliori di un'apparente equità.

1560. In riassunto la giurisprudenza della Corte di cassazione può analizzarsi così :

1.° Quando una clausola non dice espressamente quello, che la legge vuole, non è permesso di ricorrere a delle probabilità e delle verosimiglianze per fargli dire in un linguaggio congetturale ciocchè non dice in una categorica maniera.

2.° Quando una clausola dice ciocchè esige espressamente o con veri equipollenti, o senzachè sia bisogno di sottointendere nulla, nè aggiungere, nè togliere, e che nondimeno gli si può fare dire altra cosa, cambiando l'interpunzione, o serbando un'interpunzione viziosa, o cambiando il senso delle espressioni, bisogna stare alla menzione espressa, che fa valere il testamento (2).

1561. Il codice non prescrive il luogo preciso, ove la menzione della lettura deve trovarsi. Basta, che si trovi espressamente nel contesto del testamento per produrre il suo effetto, ma bisogna, che si riporti alle clausole, che precedono, e che sieguono ed all' insieme del testamento.

1562. Sotto l'ordinanza del 1735 si giudicava, che un testamento nuncupativo scritto era nullo in tutte le sue disposizioni per mancanza della lettura di quelle, che il testatore aveva fatto dopo della lettura, che delle prime gli era stata data. Molti arresti della Corte di cassazione hanno deciso la stessa cosa sotto il codice Napoleone. Ed in effetti la legge non si contenta della lettura di qualche parte del testamento, ma vuole, che sia data lettura del testamento, e siccome il testamento è un tutto indivisibile, se una delle sue parti non è stata letta, è nullo per l'intiero (3).

1563. Nulladimeno bisogna fare una distinzione fondata sulla legge 21, §. 1. D. *Qui test. facere possunt* (4).

Se quando il testamento è già rivestito di tutte le sue formalità, il testatore vuole tuttavia spiegare una disposizione un poco oscura,

(1) Il sig. Merlin dà presso a poco lo stesso comentario di quest'arresto, e sostiene la stessa dottrina nel suo supplemento, Repert., v° *Testamento*, t. XVII, sez. 2, § 3, art. 2, p. 712, col. 2 e seg.

(2) Cassazione 1 marzo 1841 (Devill., 41, 2, 205).

(3) Il primo arresto è del 19 aprile 1809, il secondo è dello stesso anno; ve n'è un terzo de' 4 novem. 1811, renduto sulle uniformi conclusioni del sig. Merlin, Repert., v° *Testamento* sez. 2. § 3, art. 2, p. 660, 661 e 666, ed ancora Add., v° *Testamento*, t. XVII, sez. 2, § 3, art. 1, p. 699.

(4) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 175, n. 23.

quest' addizione non abbisogna di veruna so lennità pel suo effetto, perchè nel farla il testatore *nihil dat, sed datum significat*. Ma per questo bisogna, che la spiegazione sia tale, che il giudice abbia potuto supplirla secondo le circostanze estrinseche del testamento (1).

Ma se si tratta d'una spiegazione, che aggiunge alla disposizione, e le dà una latitudine o de' privilegi, che può soltanto ricevere dalla volontà del testatore, questa spiegazione, ch'è in se stessa una vera disposizione, non può valere, che in quanto verrà provata la formalità della lettura in presenza de' testimoni, come ancora tutte le altre menzioni richieste dalla legge, e se la menzione della lettura, della quale ci occupiamo in questo momento, vi manca, il testamento è nullo per lo intiero (2).

1564. Del resto quando si tratta di un rinvio, che si riporta al corpo del testamento, e che vi tiene il suo posto per una necessaria relazione, la menzione della lettura si riferisce ugualmente a'rinvii, de'quali il testo ha avuto bisogno, perchè nel leggere tutto l'atto, il notaio ha dovuto necessariamente comprendere nella sua lettura i rinvii, che ne fanno parte integrale (3).

1565. È questo il caso di parlare della quistione, se tutte le menzioni che abbiamo enunciate, debbono essere constatati dal notaio, ovvero se basta si trovino messe nella bocca del testatore.

È certo, che il notaio soltanto ha qualità per attestare l'adempimento delle formalità richieste dalla legge per la validità dell'istrumento. Egli rende testimonianza delle solennità esterne. Tal' è lo scopo del suo ministero, ed ecco perchè lo si chiama notaio instrumentario. La legge del 25 ventoso anno XI dispone, che il notaio deve fare le menzioni relative alla sottoscrizione (4); l'ordinanza del 1735 art. 5 diceva di più, che a pena di nullità il notaio doveva rendere testimonianza dell'adempimento della formalità della lettura (5), ed una dichiarazione de' 16 di maggio 1763, interpretativa dell'ordinanza del 1735, estendeva questa disposizione a tutte le menzioni necessarie per la validità del testamento, volendo, ch'emanassero dalla dichiarazione personale del notaio. Se il codice Napoleone non ha ripetuto queste prescrizioni, è perchè sono nell'essenza stessa delle funzioni del notaio, ed egli stesso deve constatare le formalità, e non già il testatore, che dispone e detta, e resta straniero alla forma (6).

Nondimeno può avvenire, che il notaio con una redazione scorretta o poco logica metta in bocca del testatore le menzioni, che consacrano l'osservanza delle formalità. Ma non importa, purchè risulti dal testamento, che la dichiarazione messa nella bocca del testatore, non è straniera al notaio, o in altri termini, se sotto di questa forma mancante di precisione apparisce che questo pubblico uffiziale garante necessario e virtuale della verità di tutt'i fatti, che enuncia come suoi, si è resa propria la menzione emanata dal disponente, così attestando egli stesso implicitamente, ma necessariamente, cioccbè il testatore ha attestato (7). Per tal modo si conciliano degli arresti e delle opinioni, che il sig. Merlin oppone gli uni agli altri, e che in realtà non si contradicono, se non perchè l'interpretazione data a'fatti non è la stessa secondo le circostanze.

1566 Quando un testamento contiene le menzioni espresse richieste dalla legge, non si può essere ammesso a provare una cosa diversa da quella, ch'enunciano, senza iscrizione in falso. *Contra scriptum testimonium non scriptum testimonium non admittitur.* Tutto quello, che riguarda la solennità esteriore, la natura dell'atto e delle disposizioni è stabilito, provato, dimostrato dall'allegazione del notaio, e non solamente la legge non esige altra pruova, ma ancora la condanna (8). Il che faceva dire a Montvallon (9). « È certo, che non si è ammesso a provare con testimoni contro il contenuto del testamento « sui fatti, che sono de l'officio del notaio, che « l'ha ricevuto, e che dipendono da ciò, ch'e« gli vedeva e sentiva nel tempo dell'atto; in « questo caso non vi è altro, che la via del« l'iscrizione in falso ».

La legge de' 25 ventoso anno 11. dichiara d'altronde nel suo articolo 19, che tutti gli atti notariali fanno fede in giudizio (10).

1567. È vero, che la via dell'iscrizione in falso è pericolosa, dapoichè i testimoni, che hanno sottoscritto l'atto, sono raramente disposti a deporre contra il tenore degli atti, ai quali hanno cooperato. Si è anche dubitato, che possano essere ammessi a fare testimo-

(1) Merlin, Repert., *loc. cit.* p. 665.
(2) Merlin, Repert., *loc. cit.* p. 665.
(3) Cassaz. 3 agosto 1808, (Devill., 8, 1, 557) V. ancora Merlin, *loc. cit.*, p. 657, ed ancora Add., v° *Testamento*, t. XVII. sez. 2, § 3, art. 2, p. 718.
(4) Art. 14.
(5) Cassaz., 12 novembre 1823 (Devill., 24, 1, 65).
(6) Merlin, Repert, v° *Testamento*, t. XVII, p. 691. Limoges, 22 giugno 1813 (Devill, 14, 2, 268. *Palazzo*, 11, 485. Merlin, *loc. cit*, p. 692). Bruxelles, 5 aprile 1816 (Merlin, v° *Sottoscrizione*, t XVII, p.639). Bruxelles, 16 maggio 1821 (Merlin, v° *Testamento*, t. XVII, p. 693.
(7) Cassazione, due arresti de' 13 maggio 1829, rigetto (Devill., 9, 1, 290). Cassaz, 2 agosto 1821, rigetto (Merlin, Repert. t. XVII, p. 694. Dalloz, 1821, 1, 463). Torino, 29 dicembre 1810 (Devill., 3, 2, 381. Merlin, t. XVII, p. 69).
(8) D'Aguesseau, 37ª aringa.
(9) *Trattato delle successioni*, t. 1, p. 467.
(10) V. al dippiù un arresto della corte di cassazione, de' 19 dicembre 1810, che così giudica (Devill., 3, 1, 275).

nianzi, e molti antichi arresti hanno decisa la negativa. Ma oggi è certo, che possono deporre contro l'atto, del quale sono stati i testimoni istrumentari, e prima del codice di procedura penale il dotto presidente Fabro l'aveva consegnato nel suo codice (1). « *Debet plus* « *eredi notario et publico instrumento, quam* « *testibus instrumentariis adversus notarii* « *et instrumenti fidem testificantibus, quamdiu instrumenti fides solemni accusatione falsi non labefactur. Sed post institutam accusationem solemnemque inscriptionem, cum vix nisi per testes falsitas* « *probari possit, magis est, ut testibus instrumentariis, quam notario vel instrumento credatur, si vel omnes majori ex parte ab instrumenti scriptura dissentiant* (2) ».

Così la corte di cassazione ha deciso il 12 di luglio 1825 sul rapporto del signor Piet, e sulle conformi conclusioni dell'avvocato generale de Marchangy, che i testimoni instrumentari possono essere sentiti sulla verità delle enunciazioni contenute nell' atto arguito di falso (3).

1568. Quando la prova del falso risulta unicamente dalle dichiarazioni dei testimoni instrumentari, non si deve senza gravi motivi annullare il testamento. Perocchè i testimoni si trovano in qualche modo in contradizione con sè stessi, e bisognerebbe, che la loro deposizione nella pruova avesse la impronta di grandi segni di verità per essere dappiù di ciocch' è attestato da un atto pubblico. Ma mi è impossibile di dividere l' opinione del signor Merlin, che vuole, che in verun caso queste deposizioni possono nuocere al testamento.

Ed in effetti, egli dice, quando non vi sono altre gravi presunzioni risultanti dalle circostanze della causa, comunque sia possibile, che le deposizioni giudiziarie, con le quali dei testimoni instrumentari retrattano quello, che hanno certificato con la loro sottoscrizione nel testamento, non siano da parte loro, che un omaggio alla verità, nulladimeno è anche possibile, che siano l' effetto della sorpresa e della subornazione. E nell' incertezza che può fare il giudice ? rigettare queste deposizioni. Da poichè questi uomini non possono inspirare alla giustizia una intiera confidenza, mentre si accusano innanzi ad essa di essersi renduti complici di una falsità.

Però tale dottrina sarebbe fatale e perniciosa, ed è contraria al buon senso. È possibile, che un testimone instrumentario abbia leggiermente attestato una cosa in un atto, nel quale era semplicemente assistente. Ma quando il suo carattere lo fa supporre incapace d' una menzogna, si rigetterà per questo la deposizione solenne e giurata, che egli farà in presenza della giustizia ? Altra cosa è deporre in giudizio sotto la fede del giuramento, altra cosa certificare in un atto l'osservanza di certe formalità, delle quali non sempre si vede la importanza. Spetta al giudice di valutare il carattere del testimone, il suo grado di credibilità, e di scorgere se agisce per impulsione subornativa o per rendere omaggio alla verità. L' arresto della corte di cassazione del 17 di dicembre 1818. che il signor Merlin cita in appoggio della sua opinione. non prova nulla, perchè è fondato sulla valutazione dei fatti, ch' è in arbitrio del giudice di ammettere come certi, o di rigetta e.

1569. Ora ci occuperemo delle formalità prescritte dalla legge sul notariato. che non si trovano nel codice Napoleone Gli articoli seguenti termineranno di completare le disposizioni di questo codice sulle solennità dei testamenti nuncupativi scritti.

Dapprima si era pensato, che la legge sul notariato non si estendesse alle disposizioni testamentarie, dapoichè il codice Napoleone si era occupato di regolarle. Ma questo sistema perfettamente confutato dal sig. Merlin (4), è stato proscritto nel suo nascere da un arresto della corte di cassazione del 1 ottobre 1810 (a) (5).

L' articolo 12 di questa legge, dice, che tutti gli atti debbono enunciare il nome ed il luogo di residenza del notaio, che li riceve, a pena di 100 franchi di ammenda contra il notaio contraventore. E per conseguenza non vi è nullità per questa omessione, alla quale si può sempre supplire, perchè il notaio ripete i suoi poteri da una nomina depositata nella cancelleria del tribunale di prima istanza, ove ha prestato giuramento (6).

1570. Lo stesso articolo aggiunge, che gli atti debbono ugualmente enunciare il nome

(1) T. IV, *Ad leg. Cornel. De falsis*, def. 3.

(2) Toullier, t. V, n. 41?, p. 382. V. ancora Merlin, Repert., v° *Testimone instrumentario*, § 2, p. 405, tomo 2.

(3) Devill., 8, 1, 152. Oltre di quest' arresto, se ne possono anche citare degli altri: così un arresto di cassazione, de' 23 novembre 1812 (Devill , 4, 1, 230); un arresto di Nancy de' 24 luglio 1833 (Devill., 35, 2, 9), ed un arresto di cassaz. de' 12 agosto 1834 (Devill., 35, 1, 202). L'obiezione, che fu respinta da questi differenti arresti era tirata dall' art. 283 del Codice di procedura civile. Si voleva assimilare i testimoni instrumentari a coloro, che hanno dato degli attestati su'fatti, relativamente a' quali s'invoca la loro testimonianza.

(4) Repert., v° *Testamento*, sez. 2, § 3, art. 2, p. 667 e seguenti.

(5) Devill., 3, 1, 257.

(a) L' art. 898 delle leggi civili prescrive espressamente, che i testamenti per atto pubblico, oltre le solennità loro proprie, debbono contenere tutte le altre comuni a tutti gli altri atti autentici richiesto dalle leggi sul regolamento notariale. Daremo in fine del presente comentario le disposizioni di questo regolamento.
Il trad.

(6) N. 1520.

Digitized by Google

dei testimoni instrumentari, la loro dimora, il luogo, l'anno, ed il giorno, in cui gli atti si sono passati sotto pena di nullità, e di falso, se vi è. Ecco parecchie importanti formalità, delle quali conviene di penetrarsi:

1. Nome di testimoni instrumentari.
2. Domicilio dei medesimi.
3. Luogo, in cui l'atto si è passato.
4. Anno e giorno.

1571. Si comprende, essere dell'ultima importanza, che l'atto faccia conoscere il nome ed il domicilio dei testimoni, affinchè si possa essere sicuro, che godono della capacità richiesta dalla legge; e che non solo sia datato dell'anno e del giorno ma anche del luogo, in cui è stato ricevuto, onde si possa verificare, se il notaio poteva instrumentare in questo luogo.

Siccome l'ordinanza di Blois, esigeva, che il notaio indicasse non solo il luogo della stipulazione dell'atto, ma la casa pure in cui era scritto, si è dimandato, se questa indicazione era parimenti necessaria sotto la legge dei 25 ventoso anno XI.

Il signor Toullier aveva dapprima abbracciato l'affermativa (1), ma poi si è ritrattato (2). Un arresto della corte di cassazione dei 23 di novembre 1825 ha deciso, che l'indicazione della casa non era necessaria, e che la enunciazione « fatto a Sauveterre » ecc. aveva sufficientemente adempito al voto della legge dei 25 ventoso (3). Di già la corte di cassazione aveva deciso questa quistione nel medesimo senso con arresto dei 28 di febbraio 1816 (4).

1572. In quanto alla enunciazione del domicilio dei testimoni, la giurisprudenza ha cercato di evitare i rigori, nei quali si voleva trascinarla. presentandole la servile soggezione alle parole ed alla lettera come una religiosa osservanza dello spirito della legge.

Così vediamo la corte di Parigi avere deciso con un arresto dei 3 di luglio 1824, che queste parole : « fatto in presenza dei signori.... « tutti quattro di Sauveterre » contenevano, giusta le loro qualità. una sufficiente indicazione del loro domicilio, ed il ricorso contro di questo arresto è stato rigettato dalla corte suprema il 23 di novembre 1825 (5).

Questo pure avevano precedentemente giudicato in ispecie del tutto simili la corte d'Aix con un arresto dei 28 febbraio 1816 (6), e la corte di cassazione coll' arresto del 28 febbraio 1816 (7).

1573. In quanto alla data del giorno e dell'anno essa è necessaria per più motivi ; dapprima nel caso di più testamenti, per sapere quale è quello, che deroga agli altri ; e poi per potere constatare la capacità del testatore del notaio e dei testimoni nell'epoca, in cui il testamento ha avuto luogo.

L'errore nella data non è sempre una causa assoluta di nullità, ed avviene pel testamento autentico lo stesso del testamento olografo ; basta, che questo errore possa essere riparato e rettificato giusta le stesse enunciazioni del testamento e giusta i fatti, che si rannodano a tali enunciazioni. Così il testamento, che un individuo morto la domenica 10 di ottobre a 7 ore del mattino, aveva lasciato con la data di sabbato 10 di ottobre dopo mezzo giorno, ha potuto nonostante l'inesatta enunciazione del 10 di ottobre venire riputato essere stato fatto il 9, ch' era il sabbato (8).

1574 Non si potrebbe vedere una data falsa nella seguente specie. Un testamento era stato cominciato il 4 di decembre a tre ore dopo mezzogiorno ; fu interrotto a cinque ore per debolezza del testatore; nè si potè riprenderlo. che l'indomani a tre ore del mattino, ed in tal giorno venne chiuso. Il perchè vi era stata un interruzione di forza maggiore. Nonpertanto il notaro aveva datato l'atto del giorno, in cui l'aveva cominciato e non del giorno in cui l'aveva finito. Era questo un caso di nullità? Non bisognava applicare qui questa regola generale, che la data di un atto è quella del giorno, in cui è stato cominciato? La corte di Limoges con arresto dei 14 di decembre 1842 si pronunziò per la validità dell'atto; non si elevava verun sospetto di frode, e la coscienza del giudice era rassicurata sulla sincerità delle disposizioni testamentarie. Sarebbe stato troppo rigoroso di cassare il testamento perchè non portava una doppia data, tantopiù che le due parti dell'atto non erano separate da un intervallo molto considerevole, sì che non si potesse riguardarle come parti di un sol tutto (9).

1575. Si è dimandato se la soggiunta della data aveva per effetto di produrre la nullità della data, e quindi del testamento. Sebbene l'art. 16 della legge di ventoso pronunzia la nullità delle parole aggiunte negli atti del notaio, nondimeno è stato giudicato, che una soggiunta di data in un testamento autentico non ne produrrebbe la nullità, se apparisse fatta senza frode, e non avesse altro scopo, che di rettificare un errore materiale sfuggito al notaro e rettificato istantaneamente. La corte di Grenoble ha così deciso il 22 di febbraio 1809 (10). Vi è pure nello stesso senso un arresto di rigetto della corte di cassazione de' 21 di maggio 1838 (11).

(1) T. V, n. 453.
(2) T. VIII, n. 82
(3) Dalloz, 1826, 1, 11.
(4) Dalloz, 1816, 1, 65.
(5) Dalloz, 1826, 1, 11.
(6) Devill., 5, 2, 207.
(7) V. Merlin, Repert., v° *Testimone instrumentario*, t. XVII, § 2, n. 3, p. 614, col 2.
(8) Rouen, 23 luglio 1823 (Devill., 8, 2, 116.
(9) Devill., 44, 2, 7.
(10) Devill., 3, 2, 33.
(11) Devill., 38, 1, 397.

Digitized by Google

1576. Quantunque la legge sul notariato sia in generale applicabile ai testamenti, vi è un articolo, che non può riguardare questa specie di atti; ed è l'art. 68, nel quale è detto, che un atto nullo come atto pubblico vale nulladimeno come atto sotto firma privata, quando è rivestito della sottoscrizione di tutte le parti. Ora con sottoscrizione privata si può testare soltanto con testamento olografo, ed il testamento olografo deve essere scritto per intiero dal testatore. Dunque se il testamento non vale come atto pubblico, non può valere di verun altra maniera.

1577. Il codice Napoleone non dice neppure, che il testamento dev' essere sottoscritto dal notaro, ma questa obbligazione è formalmente imposta dall'articolo 14 della legge dei 25 ventoso anno XI a pena di nullità.

È forse necessario, che il notaio non si contenti solo di sottoscrivere, ma che faccia inoltre menzione di avere sottoscritto? Lo stesso articolo della precitata legge sembra esigerlo a pena di nullità (1). Ma un parere del consiglio di stato (2) dei 16 di giugno 1810 ha deciso non essere questa menzione necessaria, non solo pei testamenti, ma neppure per ogni altro atto.

Il testamento dev' essere sottoscritto dal notaio in presenza del testatore. Un arresto della corte di cassazione dei 20 di gennaio 1840 (3) ha così deciso. Il testatore è l' unico autore dell' atto, che contiene le sue ultime volontà, e tutte le parti di quest' atto debbono compiersi in sua presenza (a).

Articolo 973 — (899).

Questo testamento dev' essere sottoscritto dal testatore; se dichiara di non sapere o non potere sottoscrivere, sarà fatta nell' atto espressa menzione della sua dichiarazione del pari che della causa, che gli ha impedito di sottoscrivere (b).

SOMMARIO

1578. Della sottoscrizione del testatore.
1579. Poco importa, che la sottoscrizione sia del nome di battesimo o del nome di famiglia, se l' identità è certa.
1580. È lo stesso dell' irregolarità o dell' omessione di lettere nel nome del testatore.
1581. La menzione della sottoscrizione del testatore è necessaria.
1582 Non è lo stesso della menzione della sottoscrizione del notaio.
1583 È forse necessario, che la menzione della sottoscrizione sia messa nella fine dell' atto?
1584. Della menzione espressa della dichiarazione del testatore, di non essere in istato di sottoscrivere, e della causa, che gli vieta di sottoscrivere.
1585. La falsa dichiarazione fatta a tal riguardo dal testatore vizierebbe il testamento.
1586. *Secus* della contradizione apparente tra la menzione di avere il testatore sottoscritto, o l'enunciazione messa in seguito di aver dichiarato di non poterlo fare a causa della sua debolezza.
1587. Il notaio deve fare menzione di questa dichiarazione del testatore a pena di nullità; non potrebbe limitarsi a dire, che il testatore non ha sottoscritto a causa della sua debolezza.
1588. La menzione espressa richiesta dall' artic. 973 può essere rimpiazzata da equipollenti
1589 Del resto in questa materia le quistioni sono meno di principii, che di specie.
1590. Se il testatore morisse prima di aver terminato di segnare il suo nome, il testamento sarebbe nullo, anche quando il notaio avesse fatta menzione della perseveranza del testatore sino al momento della morte.
1591. La menzione di non potere sottoscrivere dev' essere letta al testatore in presenza de' testimoni conformemente all' art. 972? — Arresto Picart.

(1) Merlin, Repert., v° *Testamento*, sez. 2, § 3, artic 2, p 667.

(2) V. Merlin, Repert., v° *Sottoscrizione*, § 3, art. 3, comma 3, p. 632.

(3) *Palazzo*, 1, p. 201, 1840.

(a) L'art. 12 della legge sul notariato de' 23 di novembre 1819 contiene:

« Gl' istromenti, i testamenti, e gli altri atti sono ricevuti e scritti in lingua italiana nella destra delle due colonne, in cui è divisa ogni pagina. Il notaio è tenuto a porvi di suo carattere almeno la data, quante volte la legge non prescrive, che l' atto sia steso tutto di suo carattere »

Articolo 13 — « L' atto comincia colla parola: *Regno delle due Sicilie*, colla indicazione del giorno, mese, ed anno dell' era comune adottata nel regno, e col nome del Sovrano regnante, e termina con l' indicazione della provincia o valle, del comune, e della casa, dove è stato fatto e pubblicato o colla dichiarazione del nome, cognome, paternità, professione, domicilio tanto delle parti, che de' testimoni, alla cui presenza è stata celebrato. »

Articolo 17 — « Ne' testamenti per atto pubblico e negli atti di soprascrizione ne' testamenti mistici, oltre le altre solennità comuni a tutti gli atti autentici richieste dalla presente legge, si dee indicare l'ora preciso, in cui sono stati fatti. »

Articolo 23 — « Negli atti ricevuti dal notaio la data del giorno, mese ed anno si scrive in lettere, e così le quantità e le somme. In caso di contravvenzione è multato di ducati 3 per ogni atto.

Articolo 24 — « Gli atti saranno scritti in carattere chiaro ed intelligibile senza intervalli, lacune, ed abbreviature, e senza veruna rasura, cancellature, o aggiunzione di parole. »

Per ultimo l' articolo 25 dispone il modo come debba procedersi nel caso in cui occorre nella compilazione dell'atto di levare, variare, o aggiungere qualche cosa, e pronunzia la nullità delle annotazioni e postille non fatte nel modo indicato, ed una multa a carico del notaio. *Il traduttore.*

(b) Corrisponde a quest' articolo del codice Napoleone l' art 899 delle leggi civili, il quale contiene:

« Questo testamento debbe essere sottoscritto dal testatore e firmato in ogni foglio: se egli dichiara di non sapere o non potere scrivere, si farà nell' atto espressa menzione della sua dichiarazione del pari che della causa, che lo impedisce di sottoscrivere. »

Il traduttore.

Digitized by Google

COMMENTARIO

1578. Per compiere e ratificare tutto quello, ch'è stato fatto, il testatore deve sottoscrivere l'atto. È questa l'operazione, che compie tutte le solennità del testamento. Si parlerà nell'art. seguente della sottoscrizione dei testimoni (1).

1579. Si è elevata pe' testamenti pubblici la stessa quistione de' testamenti olografi, cioè: se debbono essere sottoscritti a pena di nullità col nome di famiglia del testatore (2). La sottoscrizione sarà valida, se porta il nome, quale si sia, che ha servito ad identificare il testatore ed a distinguerlo dagli altri membri della sua famiglia e da' suoi concittadini.

1580. Essa sarà valida pure, sebbene mal conformata, se vi si può trovare il nome del testatore (3), o ancora, se essendo incompleta per l'omessione di qualche lettera, non lascia dubbio sull' identità della persona (4).

1581. Il notaio deve dippiù fare menzione, che il testatore ha sottoscritto. Questa formalità è richiesta a pena di nullità dall'art. 14 della legge de' 25 ventoso anno XI, che contiene « Gli atti saranno sottoscritti dalle parti, « da' testimoni, e dai notai, che debbono farne « menzione in fine dell'atto », e dall'art. 68, che pronunzia la pena di nullità (a).

La corte di Torino, applicando quest'articolo, ha decisa con arresto degli 11 di novembre 1811 (5), che una menzione così concepita. « Fatto e letto al detto testatore ad alta ed « intelligibile voce in presenza de' testimoni « sopraddetti e sottoscritti » non racchiude la menzione della sottoscrizione del testatore. Ed in effetti la parola « sottoscritti » si riferisce soltanto a' testimoni, e nessuna induzione grammaticale può estenderla sino al testatore (6)(b).

1582. Notate, che nè la legge del 25 ventoso anno XI nè alcuno a resto esigono la menzione della sottoscrizione del notaio (7). La sua sottoscrizione fa fede, perchè esiste e si vede, nè ha bisogno di essere attestata (8).

1583. È chiaro, che la sottoscrizione dev'essere l'ultima operazione dell'atto, e che deve venire anche dopo in data.

Ma è necessario, che la menzione della sottoscrizione sia messa in fine dell'atto?

L'affermativa pare risultare a primo colpo d'occhio dall'art. 14 della legge sul notariato, che dice espressamente, che gli atti saranno sottoscritti dalle parti, da' testimoni, e da' notai, che ne debbono fare menzione in fine dell'atto. Sembra pure risultare da questa ragione, cioè: come mai prima di esser apposta la sottoscrizione del testamento, il notaio può, per esempio, nel principio del testamento, menzionare anticipatamente e come già eseguito un semplice futuro? Ma sarebbe spingere la sottigliezza tropp' oltre, ragionando così; sarebbe creare una nullità, che il codice non ha pronunziato. D'altronde nelle differenti menzioni, che ha prescritto sulla forma de' testamenti, il codice non ha indicato il posto di queste menzioni, e più volte è stato giudicato (9), specialmente per quanto riguarda la menzione della scrittura, che poteva indifferentemente essere messa nel preambolo o nella chiusura del testamento; dev'essere lo stesso per la menzione della sottoscrizione. La giurisprudenza non è stata chiamata a pronunziarsi su questa quistione in quanto al testamento per atto pubblico, ma costantemente ha riconosciuto, come lo vedremo nel numero seguente, che la menzione, che il testatore dichiara di non potere o sapere sottoscrivere, può essere messa nel cominciamento o nel corpo dell'atto. Ora tra questi due punti l'analogia è completa, e l'art. 14 *in fine* della legge di ventoso mette

(1) « Sottoscrivete, Signore, sottoscrivete; è il punto « necessario. »

Verità seria sotto di una forma faceta.

(2) *Sopra*, ni 1491, 1495.

(3) *Sopra*, n. 1580 e seguenti.

(a) Art. 14 e 26 della Legge sul notariato. *Il trad.*

(4) *Infra*, n. 1587 *in fine*.

(5) Devill., 3, 2, 574; *Palazzo*, 9, 687.

(6) Toullier, t. V, p. 424, trova quest'arresto troppo severo.

(b) L'articolo 14 della nostra legge sul notariato non richiede la menzione espressa della sottoscrizione delle parti. Quest'articolo è così scritto:

« La celebrazione degli istromenti per atti tra vi« vi, quando siano ricevuti da un solo notaio, si fa « alla presenza delle parti, di due testimoni idonei, « o si quelle che questi sottoscrivono l' atto in fine « dopo la menzione della lettura prescritta dall' art. « 20: ed il notaio aggiunge la propria firma, la qua« lificazione di notaio, ed il nome del Comune, in « cui risiede. Se sono ricevuti da due notai, sotto« scriveranno entrambi ».

L'art. 20 contiene: « La pubblicazione degl' istro« menti si fa colla lettura chiara ed intelligibile alle « parti ed a' testimoni non solo dello intero atto ma « anche degli inserti, con farsene menzione espres« sa ».

Vale per noi in quanto alla menzione della sottoscrizione delle parti la stessa ragione, che il nostro autore dà del non essersi richiesta la menzione della sottoscrizione del notaio. La sottoscrizione esiste e si vede, e non ha bisogno di essere attestata. *Il trad.*

(7) Cassaz., 11 marzo 1812 (*Palazzo*, 10. 192).

(8) Riom. 17 novembre 1808 (Dalloz, t. V, n. 783). *Aggiungi* avviso del consiglio di Stato de' 6 giu. 1810.

(9) Cassaz., 26 luglio 1803 (Devill., 2, 1, 558). Cassaz., 18 ottobre 1809 (Devill., 3, 1, 114).

Digitized by Google

sulla medesima linea e la menzione della sottoscrizione e la menzione della dichiarazione di non potere sottoscrivere.

D'altronde si comprende senza esservi bisogno d'insistere dippiù, che importa poco nella realità, che la menzione della sottoscrizione sia messa nel corpo dell'atto o nella fine, perchè il testatore, i testimoni, ed il notaio nel sottoscrivere l'atto, quando è terminato, attestano personalmente tutto quello, ch'è stato detto prima della chiusura (1).

1584. Quando il testatore non sa, o non può sottoscrivere, il notaio deve fare espressa menzione della sua dichiarazione, non che della causa, che gli vieta di sottoscrivere. Questa menzione equivale alla sottoscrizione. Ripetiamo qui, che il luogo, il sito del testamento, ove si trova messa, sono indifferenti. Il codice non ha determinato un posto sacramentale, e con ciò ha derogato alla legge sul notariato (2).

1585. Se avvenisse, che il testatore sapendo e potendo sottoscrivere, avesse dichiarato di non sapere o non potere scrivere, questa falsa dichiarazione equivarrebbe ad un rifiuto di sottoscrivere, e vizierebbe del tutto il testamento. Sarebbe da credere, che il disponente non abbia dettato il testamento, che per violenza e suggestione, e che per impedirne l'effetto, ha cercato un pretesto menzognero per dispensarsi dal ratificarlo con la sua sottoscrizione (3).

1586. Se dopo la menzione di avere il testatore sottoscritto, è detto, che avendo tentato il testatore di farlo, ha dichiarato di non poterlo a causa della sua malattia o della sua debolezza, l'apparente contradizione di queste due enunciazioni non basta per annullare il testamento. Imperciocchè è nell'ordine naturale, che quando il testatore enuncia di volere sottoscrivere il testamento, il notaio dichiari di avere sottoscritto. Ma è possibile, che nel momento di sottoscrivere, il testatore provi una impossibilità, che non aveva preveduta; il notaio deve constatarla, ed il concorso di questi due fatti non ha nulla, che non sia nel corso ordinario delle cose, e che possa attentare al testamento (4).

1587. Che se il testamento dopo di avere detto di volere segnare, non lo potesse, e che la sua tremante mano fosse incapace di tracciare de'caratteri leggibili, il notaio non si dovrebbe limitare a dire, che il testatore non ha potuto sottoscrivere a causa del tremore della sua mano, ma dovrebbe a pena di nullità fare menzione della dichiarazione del testatore di non avere potuto sottoscrivere, però che la legge non vuole, che il notaio dichiari l'impossibilità, ma esige, che questa dichiarazione sia messa nella bocca del testatore. Codesta opinione è consacrata da un arresto di rigetto della Corte di cassazione (5).

Si dirà forse esservi in ciò molta severità, perchè lo sforzo del testatore, il tremare della sua mano, e l'impotenza, che ne risulta, sono de' fatti parlanti, che dicono tutto quello, che bisogna dire. Ma bisogna rispondere che queste apparenze esteriori non sono sufficienti, perchè sia certa la persistenza del testatore nella sua volontà in mezzo delle sue angosce: ha potuto provare de'bruschi cambiamenti, dei completi eclissi, e la conoscenza può non essere perdurata sino all'ultimo momento tramezzo il turbamento della sua intelligenza (6).

Nella specie dell'arresto renduto dalla Corte di cassazione il testatore aveva potuto appena vergare le iniziali del suo nome con dei caratteri illeggibili ed informi. Ma non sarebbe forse possibile di pervenire ad una soluzione meno rigorosa, se malgrado la sopravvenienza del turbamento nervoso e morboso, il testatore giungesse a tracciare un numero di lettere sufficienti per potervici trovare, almeno per equipollenti, una sufficiente sottoscrizione? Per esempio se il testatore, chiamato *Senges*, avesse scritto *Seng*? lo inclinerei per la validità del testamento, purchè il corpo della scrittura fosse sufficientemente netto (7); del resto questo dipende molto dalle circostanze.

1588. La menzione espressa richiesta dal nostro articolo può essere rimpiazzata da equipollenti, quando adempiono *identice et aequaliter* lo scopo della legge. Se per esempio il testamento attesta, che i testimoni ed il testatore non hanno potuto firmare, perchè erano illetterati, di ciò interrogati e richiesti, vi è sufficiente menzione di avere il testatore ed i testimoni dichiarato di non sapere scrivere (8).

Del pari la dichiarazione, che il testatore non sa sottoscrivere adempie il voto della

(1) Toullier, t. V, n. 434, p. 424.

(2) Dijon, 8 gennaio 1811, (Devill., 3, 2, 391). Paris, 25 novembre 1813 (Devill., 4, 2, 363). Cassaz., 18 agosto 1817 (Devill., 5, 1. 367). Bordeaux, 17 luglio 1845 (Devill., 46, 2, 440, ved. la nota). Merlin, Repert., v° *Sottoscrizione*, p. 571 e seg.

(3) Grenoble, 25 luglio 1810 (Devill., 3, 2, 313). Trèves, 18 novembre 1812 (Devill., 4, 2, 193).

(4) Cassaz., 21 luglio 1806 (Devill., 2. 1, 2 8). Cassaz., 18 giugno 1816 (Devill. 5, 1, 206) Merlin, Repert., v° *Testamento*, p. 630, ed Add., v° *Sottoscrizione*, p. 571.

(5) 25 aprile 1825 Dalloz, 25, 1, 278). *Aggiungi* Bruxelles, 8 dicembre 1810. Merlin, Repert., v° *Sottoscrizione*, t. XVII, p. 559.

(6) V. *infra*, n. 1591, un arresto della corte di Parigi.

(7) *Sopra*, n. 1580. Bordeaux, 5 maggio 1828 (Devill., 9, 2, 75). Nancy, 1 marzo 1831 (Devill., 31, 2, 182). *Contra*, Caen, 11 dicembre 18 2. È l'arresto, che ha dato luogo a quello di cassazione de' 25 aprile 1825, medesimo numero.

(8) Cassaz. 11 piovoso anno VII, (Merlin dà quest'arresto sotto la data de' 7 nevoso, Repert., v° *Sottoscrizione*, t. XVII, p. 567).

legge, ch'esige che il testamento enunci la causa, che vieta al testatore di sottoscrivere (1).

Del pari ancora quando il testamento enuncia l'ostacolo, che ha vietato al testatore di sottoscrivere, e racchiude una formale approvazione da parte del defunto della lettura, che gli è stata fatta, queste due circostanze fanno pienamente presumere, avere il defunto egli stesso dichiarato di non sapere o non potere sottoscrivere (2).

Infine un testamento contiene sufficiente menzione di avere dichiarato il testatore di non sapere o non potere sottoscrivere, quando vi è una clausola così concepita: « E la testa« trice fa la sua marca per non sapere scrivere « nè sottoscrivere, di ciò richiesta secondo la « legge (3) ». Ed in effetti dapprima si vede, essere stato il testatore interpellato dal notaro di sottoscrivere. Si vede, che a questa dimanda il testatore risponde, apponendo una marca, il che importa rispondere col fatto di non sapere sottoscrivere. È detto inoltre essere stata apposta questa marca per non sapere scrivere nè sottoscrivere. Questa clausola del testamento non prova sino all'evidenza, che il testatore ha dichiarato di non sapere sottoscrivere, e che l'apposizione della croce è stata la conseguenza della sua dichiarazione?

1589. Del resto non la finiremmo più, se volessimo esaminare piede a piede tutti gli arresti, che talvolta hanno ammesso gli equipollenti, e talvolta li hanno rigettati. Tutto questo è subordinato alle circostanze, alle impressioni dei giudici, al favore dei casi particolari, alla propensione dei magistrati per o contra il testamento. I principî non hanno nulla da vedere in questo conflitto delle specie; non sono messi in quistione per se stessi, ma solamente nella valutazione dei fatti vi è più o meno rigore secondo la diversità delle occasioni (4). Tutto quello, che possiamo dire, si è, che non è d'uopo d'inutili rigori, e che i tribunali sono stati talvolta più severi osservatori della legge di quello, che la legge stessa avrebbe voluto.

1590. Se dopo l'adempimento di tutte le formalità richieste, e nel momento, in cui il testatore prendeva la penna per sottoscrivere, venisse o spirare prima di avere scritto il suo nome, o anche senza terminarlo sufficientemente in modo da lasciare una vera firma, il testamento sarebbe nullo, malgrado tutto quello, che il notaio potesse dire della perseveranza del testatore sino al momento della sua morte. Dapoichè il notaio non è giudice di questa perseveranza, nè è permesso di credervi più di quanto è permesso di credere, che il defunto non abbia perseverato. Quest'ultima opinione è anche la sola ammessibile, poichè trovasi corroborata dalla mancanza della sottoscrizione, richiesta dalla legge a pena di nullità. Il che ha giudicato il costelletto di Parigi nel 1752 (5) e vedremo nel numero seguente i motivi, che confermano queste idee.

1591. Resta da esaminare un ultimo punto. La menzione di non potere sottoscrivere deve essere letta al testatore in presenza dei testimoni in conformità dell'articolo 972 del codice Napoleone? Ovvero l'articolo 973 deve essere isolato dall'articolo 972?

Tale quistione si è presentata innanzi la prima camera della corte di appello di Parigi sotto la mia presidenza nella specie seguente (6).

Il testamento di un signor A. Picart si terminava così: « Ed il testatore ha sottoscritto « coi detti quattro testimoni ed il notaio, dopo « una lettura intiera delle presenti e nuove ».

« Qui il testatore avendo dichiarato, che egli « potrebbe ancora sottoscrivere al detto notaro « in presenza dei quattro testimoni, ha fatto de« gli inutili sforzi per arrivarvi, ed al cospetto « loro infine ha dichiarato, che lo stato di « debolezza e di febbre, in cui era in questo « momento, gl'impediva assolutamente di po« tere sottoscrivere, di ciò interpellato dal « detto notaro in presenza dei detti quattro te« stimoni; in quanto ai detti quattro testimoni « ed al notaio, eglino hanno tutti sottoscritto « dopo una nuova ed intiera lettura di tutto « ciò, che precede ».

Questo testamento fu attaccato dalla vedova del testatore, che sosteneva esservi in dritto nullità nell'atto, perchè il notaro non aveva menzionato di avere data lettura al testatore in presenza dei testimoni della dichiarazione relativa all'impossibilità di sottoscrivere le sue disposizioni.

Il tribunale di s. Meachould rigettò la domanda di nullità, ma sull'appello la corte di Parigi emise il seguente arresto:

« La corte,

« Considerando, che il testamento dei 3 di« cembre 1848 non constata di essere stata « data lettura al testatore in presenza dei te« stimoni della dichiarazione da lui fatta, che « il suo stato di febbre e di debolezza gl'im« pediva di sottoscrivere l'atto;

« Che da un'altra parte risulta dai fatti « della causa, che dopo d'inutili sforzi, per

(1) Liége, 24 novembre 1806 (Devill., 2, 2, 175).

(2) Grenoble, 22 gennaro 1810 (Devill. 3, 2, 191)

(3) Colmar, 13 novembre 1813 (Merlin, t. XVII, p. 568, col. 2). Il ricorso è stato rigettato con arresto della corte di cassazione degli 11 luglio 1815 (Devill., 5, 1, 216).

(4) Douai, 9 novembre 1809. (Devill., 3, 2, 144). Bruxelles, 8 dicembre 1810 (Merlin, Repert., v° *Sottoscrizione*, t. XVII, p. 569). Liége 24 novembre 1806 (Devill., 2, 2, 175). Tolosa, 5 aprile 1818 (Devill., 5, 2, 371).

(5) Merlin, v° *Sottoscrizione*, p. 629.

(6) 14 luglio 1851 (*Palazzo*, 1851, 2, 193).

« sottoscrivere il testatore è caduto in sincope, « che il suo stato si è aggravato, e che è morto « alcune ore dopo;

« Che soprattutto in un testamento *in extremis* conviene di conformarsi scrupolosamente « te alle formalità prescritte dalla saggezza « del legislatore nello scopo di prevenire gli « errori o le sorprese, e di dare alla società « ed alle famiglie una pruova solenne della « pienezza della volontà del disponente;

« Considerando, che l'articolo 973 del co« dice Napoleone non ha creduto di doversi « riportare alla testimonianza del solo notaio « per spiegare la mancanza della sottoscrizio« ne del testatore, ma che espressamente ha « voluto, dovere lo stesso testatore dichiarare « di non sapere o non potere sottoscrivere;

« Che sarebbe in effetti possibile, che il no« taio fosse ingannato dallo apparenze, e che « attribuisse ad una impossibilità puramente « fisica ciocchè è la conseguenza di un difetto « di volontà ».

« Che nei momenti, che toccano l'agonia, e « quando lo stato dell' ammalato subisce dei « bruschi cambiamenti, l' intelligenza può e« stinguersi in ogni istante, e la conoscenza « cessare di esistere.

« Che è certo in dritto, che se l' ammalato « viene ad essere abbandonato dalle sue fa« coltà mentali prima di sottoscrivere, il testa« mento resta imperfetto;

« Che appunto per assicurarsi della persi« stenza della volontà sino alla fine dell' atto, « l' articolo 973 ha stabilito, che il disponente « stesso dichiarasse di non sottoscrivere, uni« camente perchè non può adempiere questa « formalità materiale;

« Che questa dichiarazione è necessaria per « imprimere alle sue ultime disposizioni il sug« gello della certezza;

« Considerando, che nella materia dei te« stamenti, differente sotto questo rapporto « della materia dei contratti, le dichiarazioni « del testatore non fanno fede, che in quanto « gli sono state letto dal notaro in presenza « dei testimoni, e che egli non le ha contra« dette;

« Che questa pruova è stata giudicata indi« spensabile dall' articolo 972 per preservare « la redazione da ogni sorpresa e mettere « l' autorità del testamento al di sopra di tutti « i dubbi;

« Che non vi è eccezione a questa regola « per la dichiarazione del testatore di non po« tere sottoscrivere; che questa dichiarazione « fa parte del testamento; che essa è l' ultima « parola del testatore e la conferma persever« rante o diffinitiva di tutto ciò che ha voluto; « che è della più alta importanza, che l' atto « stabilisca con una pruova irrecusabile, non « essere stato il notaio ingannato dalle parole « incerte e male articolate di un ammalato, « che balbetta in presenza della morte; *balbutiens et linguae semineeis*, como dice la « legge romana;

« Che invano si vorrebbe pervenire ad una « contraria conclusione, isolando l' art. 973 « dall'articolo 972; ma che questi due articoli « debbono interpretarsi l' uno per mezzo del« l'altro non solamente perchè tale è la regola « generale dell' interpretazione delle leggi (L. « 24, D., *De legibus*), ma ancora perchè si le« gano insieme pel loro oggetto e per la loro « relazione ad un medesimo ordine di forma« lità ;

« Che da una parte l' art. 973 esige, che la « dichiarazione di non potere sottoscrivere sia « menzionata nell' atto;

« Che dall' altra parte quest' atto essendo un « testamento, vale a dire un atto *sui generis* « e che ha dei caratteri speciali, non è valido « secondo l' articolo 972, che in quanto il suo « contenuto è stato letto al testatore in presen« za dei testimoni ; cho d' altronde è chiaro, « che l' art. 973 non aveva bisogno di parlare « nuovamente della lettura; che sarebbe stata « una inutile ripetizione,che poichè la dichia« razione di non potere sottoscrivero deve usci« re dalla bocca del testatore, e che fa parte « della dettatura, deve pure subire il controllo « della lettura giusta l' articolo 972, cui l'arti« colo 973 si annoda strettamente e necessa« riamente pel suo rinvio all' atto stesso, del « quale l' articolo 972 ha tracciato le formalità « sostanziali;

« Che così la lettera e lo spirito della leggo « sono di accordo per stabilire, che il testa« mento di Giovanni Ambrosio Picart manca « di una delle formalità prescritte a pena di « nullità dagli articoli 972, 973, o 1001 del « codice Napoleone; ecc.

« Annulla l' appello o quello, di cui è ap« pello, emendando, nel principale dichiara « nullo ecc. (1)... »

Questo arresto di cui sono io il redattore, potrà sembrare severo, ma il caso particolare lo spiega, e lo scusa sotto questo rapporto. Il suo maggiore difetto, se ve ne è uno, è di essere in opposizione con degli arresti della corte di cassazione. Questa corte ne è impossessata, o deciderà, se la corte di Parigi ha aggiunto alle disposizioni della legge (2)

(1) V. in senso contrario gli arresti seguenti. Douai, 6 marzo 1833 (Dalloz, 34, 2, 16). Montpellier, 3 giugno 1833 (*Palazzo*, 34, 1, 352). Ricorso rigettato il 3 luglio 1834 (*Palazzo*, 34, 2, 508). Aix, 16 febbraio 1853 (*Palazzo*, 1853, 2, 8) Dijon, 2 marzo 1853 (*Palazzo*, 1853, 2, 10) Douai, 24 maggio 1853 (*Palazzo*, 1853, 2, 12).

(2) Dopochè questo è stato scritto, la corte di cassazione ha pronunziato. Ha cassato l'arresto della corte di Parigi, ma fondandosi su questo che contrariamento

Articolo 974 — (900)

Il testamento dovrà essere sottoscritto da' testimoni e nondimeno basterà nelle campagne, che uno de' due testimoni sottoscriva, se il testamento è ricevuto da due notai, e che sottoscrivano due de' quattro testimoni, s'è ricevuto da un notaio (a).

SOMMARIO

1592. Nelle città tutt' i testimoni debbono sottoscrivere il testamento.
1593. Nelle campagne basta, che sottoscriva la metà de' testimoni — Ragione di questa disposizione.
1594. Senso della parola *campagna*.
1595. Importanza della sottoscrizione de' testimoni e del notaro.
1596. Basta per que' testimoni della campagne, che non sanno nè possono sottoscrivere, che sia menzionata la loro dichiarazione.
1597. Del resto poco importa, quando vi è identità riconosciuta, l' irregolarità della sottoscrizione.

COMENTARIO

1592. Tutto quello, che abbiamo detto della sottoscrizione del testatore si applica pure alla sottoscrizione dei testimoni. È inutile di fare delle ripetizioni a tale riguardo, se non che vi è d' aggiungere qualche cosa.

La legge vuole, che nelle città il testamento sia sottoscritto da tutti i testimoni, dapoichè non si è imbarazzato di trovare nelle località popolose degli uomini in istato di scrivere il loro nome. È buono, che i testimoni fortifichino per quanto è possibile con la loro sottoscrizione l' autorità del testamento.

1593. Nonpertanto la difficoltà di trovare nelle campagne degli individui, che sappiano scrivere o sottoscrivere, ha indotto la legge ad introdurre un' eccezione; epperò nelle campagne, basta, che sottoscrivino due testimoni, se il testamento è ricevuto da un notaro assistito da quattro testimoni, e che sottoscriva un solo testimone, se lo ricevono due notai.

Il motivo della legge è savissimo, percioechè bisognava tener conto delle difficoltà locali e delle impossibilità materiali; nè bisognava rendere impossibile la confezione dei testamenti.

1594. Ma la redazione dell'art 974 ha fatto sorgere una quistione. Che s' intende per campagna? Questa parola esclude forse non solo la città ma pure i borghi, le popolazioni agglomerate di una certa importanza, che non sono piena campagna?

L' ordinanza del 1735 (art. 45) esigeva la sottoscrizione di tutti i testimoni « nella città « e borghi chiusi ». Si comprenderà, che il codice ha rigettato questa espressione, perchè la più parte delle città e dei borghi della Francia non hanno nè porte nè mura. Ma dell' ordinanza del 1735 si deve forse conchiudere, che la parola « campagna », di cui la nuova legge si serve, sia adoprata in opposizione delle parole « città e borghi », cosicchè tutto quello che sarà città o borgo, non potrà essere considerato come campagna? Nell' origine si sembrava credere, che l' art. 974 aveva adoprato la parola « campagna » per opposizione alla parola « città » (1). Siffatta opinione era troppo esclusiva, e risulta dallo spirito generale della giurisprudenza attuale, che la legge non avendo tracciata veruna regola per determinare quali sono i luoghi, che debbono essere considerati come campagna, e profittare della eccezione stabilita dall' art. 974, spetta ai magistrati di determinare, sia secondo la popolazione del luogo, in cui il testamento è ricevuto, sia secondo altre circostanze, se il testamento è nel caso dell' eccezione (2).

Queste circostanze possono essere numerose. Così si potrà vedere una campagna, almeno nel senso dell' articolo 974 del codice Napoleone, in un villaggio agglomerato, che non avesse nè notaro, nè giustizia di pace, nè scuola, nè posta di lettere, nè veruna di quelle industrie locali, come alberghi, caffè, macelli, che fanno supporre l' esistenza di uomini, che sappiano leggere e scrivere. Ed in effetti la legge suppone, che la località, che mette fuori

al giudizio di quest' arresto il testamento constatava sufficientemente in fatto ch' era stata data lettura al testatore della dichiarazione da lui fatta della sua impossibilità di sottoscrivere.

L' arresto della corte di cassazione è de' 24 maggio 1853; v. *Giornale del Palazzo* 853, part. 2, p. . Bisogna vedere le osservazioni del decisionista, che pretende, che il mezzo di fatto non avrebbe dovuto essere accolto. Confesso, che veruno de' giudici della causa l' aveva avvertito, e le stesse parti non vi si erano fermate.

(a) Uniforme a quest' articolo è l' art. 900 delle Leggi civ., se non che impone a' testimoni il dovere di sottoscrivere il testamento in ciascun foglio *Il trad.*

(1) Douai 1.° giugno 1812 (G. del Palazzo 10, p. 434).

(2) V. specialmente cassazione 10 giugno 1817 (Devill. 5, 1, 327) Bordeaux 7 marzo 1827; e sul ricorso cassaz., 11 marzo 1829 (Devill., 9, 1, 246), *Palazzo*, 22, 781). Lione 29 novembre 1828 (Devill., 9, 2, 163). Grenoble, 12 marzo 1832 (Devill., 33, 2, 135).

della regola ordinaria, non permette di trovare dei testimoni atti a sottoscrivere. Quando il villaggio per la condizioni, in cui è messo per maacanza di commercio, d' industria,e di stabilimenti, non è di quelli, in cui il notajo possa facilmenta riunire dei testimoni, che sappiano sottoscrivere, la presunzione dell' articolo 974 si realizza, e non si deve esitare a classificare la comune od il villaggio tra i luoghi di campagna. Il signor Toullier cita un altro esempio (1), ed è il caso, in cui il testamento fosse stato fatto in un luogo dipendente da una città, ma ad una distanza considerevole. Non stimiamo a concludere con lui, che allora il luogo potrebbe essere considerato come campagna, comunque in generale i borghi dipendenti da città ne facciano parte (2).

1595. La sottoscrizione dei testimoni è un complemento così necessario del testamento, che se il testatore avendo sottoscritto, morisse prima della sottoscrizione dei testimoni e del notaro, il testamento sarebbe nullo. La sottoscrizione dei notari e dei testimoni è così importante come la data e tutte le menzioni volute dalla legge. Ora se il testatore muore prima di queste formalità, evidentissimamente il testamento sarebbe nullo, come altrove abbiamo detto (3); deve essere lo stesso del caso, del quale parliamo. La morte del testatore dà effetto al testamento, quando è perfetto, ma se soccumbe mentre l' atto è tuttavia imperfetto, muore *intestato*. Non si può compiere dopo la morte di un uomo un atto di volontà, che egli ha rimasto in istato d' imperfezione (4).

1596. La legge non esige, che l' atto faccia menzione della causa, che vieta ai testimoni non sacrittori di sottoscrivere,nè della dichiarazione, che hanno fatto di non sapere o non potere sottoscrivere.

In questo il codice non ha ripetuto le disposizioni dell' ordinanza del 1735, che esigeva (5), fosse fatta menzione della dichiarazione dei testimoni di non sapere sottoscrivere nel caso in cui questa sottoscrizione non fosse effettivamente richiesta (6).

1597. Osserviamo nel terminare, comunque questo rientra nelle idee esposte qui sopra, che l' omessione di qualche lettera nella sottoscrizione non porta a conseguenza, se d' altronde non esiste verun dubbio sull' identità della persona (7).

Articolo 975 — (901).

Non potranno essere presi per testimoni del testamento per atto pubblico nè i legatarii a qualunque titolo, nè i loro parenti od affini sino al quarto grado inclusivamente, nè gli aiutanti de' notai, da' quali gli atti saranno ricevuti (a).

SOMMARIO

1598. Di certe incapacità relative di essere testimoni instrumentari in dritto romano od in dritto consuetudinario.
1599. L' ordinanza del 1735 pronunzia l' esclusione di tutt' i legatari come testimoni. — Il codice ha adottato queste disposizioni.
1600. Se i testimoni fossero interessati nel testamento *ut universi*, il testamento sarebbe valido.
1601. L' esecutore testamentario non gratificato può essere testimonio.
1602. I parenti delle persone interessate nel testamento non potrebbero essere testimoni instrumentari — Del dritto romano e dal dritto consuetudinario su questo punto
1603. *Quid* de' parenti e degli affini del testatore?
1604. *Quid* del domestico del legatario e del domestico del testatore?
1605. *Quid* de' parenti e degli affini del notaro?
1606. Gli ajutanti de' notai essendo compresi nella proibizione, è lo stesso *a fortiori* de' domestici de' notari.
1607. La nullità derivante dalla presenza di un testimonio interessato nel testamento concerne forse soltanto la disposizione relativa a questo testimonio?
1608. *Quid* se il legato fatto ad un testimone fosse nullo e considerato come non scritto?
1609. La capacità qui richiesta nel testimone non è applicabile a' testimoni dell' atto di soprascrizione del testamento mistico.
1610. Il notajo non dev' essere parente di verun legatario.
1611. Ma che decidere, se fosse costante, che il notajo ignorava la sua parentela col legatario? — *Quid* se l' individualità del legatario dovesse restare incerta sin al giorno della morte?
1612. Il notaro non potrebbe ricevere un testamento, nel quale fosse instituito egli stesso.
1613. Ma per questo bisogna, che la disposizione, di cui si tratta, fosse fatta *in favorem*.

COMENTARIO

1598 Il nostro articolo si occupa di certe incapacità relative, che non permettono di prendere per testimoni differenti classi di persone Queste persone sono i legatari ed i loro .

(1) T. V, n° 445.

(2) « *Nomen appellativum urbis*, » dice Pothier parafrasando la legge 2, D., *De verb. signif.* (*Pandectes*, t. II, p. 321, n° 241), « *si solum sit, muris finitur*, « *etiam quum de his urbibus loquimur quae suburbia* « *habent; nomen vero proprium earum urbium, etiam* « *suburbana complectitur.* »

(3) *Supra*, n 1590.

(4) Toullier, t. V, n. 444, p. 433, ultimo comma.

(5) Art. 28, 34, 45.

(6) Merlin, Rep , v. *Sottoscrizione*, t. XVII, p 559.

(7) *Sopra*, n. 1580. Cassaz., 24 luglio 1840 (Devill., 41, 1, 79). Cassaz. 4 marzo 1841 Devill. 41, 1, 44.)

(a) A quest' articolo corrisponde esattamente l' art. 901 delle Leggi civili. *Il traduttore.*

Digitized by Google

parenti, e gli ajutanti dei notai incaricati di ricevere il testamento.

La proibizione del nostro articolo relativamente ai legatari è un' imitazione del dritto romano: « *Qui testamento haeres instituitur,* « *in eodem testamento testis esse non po-* « *test* (1) »

Ma riguardo, che nel dritto romano la proibizione si restringeva all' erede istituito; in quanto ai legatari propriamente detti, potevano essere testimoni giusta la stessa legge, che abbiamo citata. Questa decisione era fondata su che i legatari non erano *successores juris* (2); che spesso il testatore amava di dare loro un legato in ricompensa di avere eglino assistito al suo testamento, e per incoraggirli a deporre sui fatti, dei quali erano stati testimoni. Non si voleva, come Hilliger dice (3), che quello, che era stato fatto per assicurare l'esecuzione del testamento, tornasse a sua distruzione.

Ma la più parte delle consuetudini non faceva la distinzione del dritto romano tra gli eredi ed i legatari, e pronunziava contra di questi la proibizione d' essere testimoni. D' altronde (e questa ragione è la principale) siccome esse si contentavano di un numero di testimoni meno considerevole del dritto romano, era giusto, che fosse o più rigorose sulla qualità dei testimoni, e che esigessero con maggiore severità, che fossero esenti da ogni rimprovero e da ogni interesse (4).

1599. Alcuni autori pensavano nondimeno, che nulla impedisse di essere testimone a colui, che ricevesse un modico legato; molti arresti così decisero, e la giurisprudenza era, che questo divieto non doveva essere interpretato a rigore (5). Ma questa era una rilasciatezza, che poteva avere degl' inconvenienti, e l' articolo 43 dell' ordinanza del 1735 fissò questo punto di dritto col pronunziare l' esclusione di tutti i legatari universali o particolari (6).

Questo è il partito, che il codice Napoleone ha adottato; meno esigente del dritto romano sul numero dei testimoni, doveva mostrarsi più severo sulla mancanza d' interesse. Da ciò siegue, che sotto il codice Napoleone come sotto l' ordinanza del 1735, la cui severità ha inteso di riprodurre, anche quando il legato fosse modico e puramente rimuneratorio, anche quando si dirige se a dei testimoni di una considerevole fortuna, ai quali il testatore volesse limitarsi a dare una testimonianza di amicizia, e che per conseguenza non potesse presumersi avere una influenza qualunque sulla indipendenza del loro animo, vi sarebbe nullità, perchè sotto di niun pretesto il legatario non può essere testimone instrumentario del testamento (7); i termini del nostro articolo sono a tal riguardo tanto precisi, per quanto è possibile.

1600. Rimarchiamo con Ricard (8), che se i testimoni senza essere interessati *ut singuli* nel testamento, vi fossero nondimeno interessati come parti di una comunità (*ut universi*), il testamento, di cui avessero con la loro presenza attestata l' autenticità, sarebbe valido. Dapoichè *quod universitati debetur, singulis non debetur* (9).

1601. L' esecutore testamentario designato dal testatore *ut ministrum* e senza essere gratificato può senza difficoltà essere testimone instrumentario, poichè non profitta in nulla del testamento (10).

1602. La legge non esclude solamente quelli, che hanno un interesse personale nel testamento, ma ancora i loro parenti od affini sino al quarto grado inclusivamente.

Ciò faceva la legge romana relativamente agli eredi istituiti: allontanava i figli, che essi avevano sotto la loro podestà, il loro padre, quando non erano ancora emancipati, ed i loro fratelli soggetti come essi alla patria potestà (11).

Per rispetto ai paesi consuetudinari vi era su questo punto una grande varietà di opinioni. Pothier pensava, che anche il padre del legatario poteva essere testimone (12).

Il codice ha fatto cessare questo conflitto con una disposizione, che dev' essere approvata.

1603 L' art. 975 non parla di parenti e di affini del testatore, che venissero chiamati come testimoni nel testamento. Devesi forse metterli nella stessa linea dei parenti e degli affini del

(1) L. 20, D., *Qui testam. fac. possunt* Instit., § 10, *De test. ordin.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 176, n. 30.

(2) Doneau, *Comm.* l. 6, cap. 7, ni 20 e seg.

(3) Hilliger, nota 14 *su Doneau, luoc. cit.*

(4) La consuetudine di Parigi diceva: « Un testamento « dev' essere passato in presenza di testimoni maschi, « idonei, sufficienti e *non legatari* » (Art. 89) Aggiungi Vitry, art. 102, cap. 6 Orleans, art. 239.

(5) Ferrieres *su Parigi* dice, che questo si giudicava così sotto l' impero della consuetudine di Vitry conforme a quella di Parigi. Egli cita un arresto del 1668 ed uno del 1677.

(6) Pothier *su Orleans* Introd. al tit. 16, § 2, n. 14.

(7) Cassaz. 13 dicembre 1847 (Devill., 48, 1, 272. *Palazzo*, 38, 1, 32).

(8) Ricard, part. 1, n. 551. Cita un arresto della gran camera de' 3 di marzo 1654, che ordina l' esecuzione di un testamento ricevuto da un notajo in presenza di testimoni di Nogent-le-Rotrou, benchè contenesse un legato a favore degli abitanti di questa città.

(9) L. 7, § 1, D., *Quod cujuscumque civitatis* Aggiungi Pothier, *loc. cit.* Merlin, Repert., v. *Legatario*, p. 764, col. 2, Liegi, 23 luglio 1806 (Devill., 2, 1, 159). Cassaz. 11 di settembre 1809 (Devill., 3, 1, 107).

Questi arresti giudicano, che un prete può essere testimone in un testamento, che contiene delle disposizioni, a favore di una Chiesa, ch' egli serve. In febbraio 1746 il parlamento di Parigi aveva renduto un simile arresto.

(10) Ricard, *loc. cit.* n. 551. Pothier *su Orleans*, Introd. al tit. 16, n. 14. Merlin, Repert., v. *Testamento*, p. 490.

(11) Instit., § 10, *De testam. ordin.*

(12) Pothier, *Donat. testam.* cap. 1, art. 3, § 3.

legatario e dichiararli colpiti d'incapacità? Il codice non si è pronunziato relativamente a loro, ma la legge di ventoso esclude formalmente dal diritto di concorrere agli atti notariali i parenti e gli affini delle parti, sì che la quistione è di sapere, se questa legge è loro applicabile.

Se si volessero andare a cercare delle analogie nel diritto romano, si potrebbe dire che questo diritto ricusava la testimonianza di coloro, che erano messi sotto la podestà del testatore (1). Era lo stesso della testimonianza di coloro, nella cui podestà il testatore si ritrovava, e di coloro, che insieme con lui erano nella podestà di un padre comune (2). Formando col testatore una sola e medesima persona, avevano un solo e medesimo interesse (3).

Ma queste nozioni del diritto romano non hanno applicazione in questa parte del diritto francese, nel quale la patria podestà non è più quella, che era nel diritto romano (4). Il figlio divenuto maggiore può essere testimone nel testamento di suo padre, *a fortiori* il padre nel testamento di suo figlio, lo zio in quello del nipote, il nipote, in quello dello zio.

È vero, che la legge di ventoso dice, che i parenti o gli affini (sino al quarto grado in linea collaterale) delle parti contraenti non potranno essere testimoni negli atti notariali. Ma queste espressioni e delle parti contraenti indicano, che l'articolo 10 si applica unicamente ai contratti (5).

In effetti il codice Napoleone è la legge unica e completa, che regola la forma de' testamenti; esso definisce ne' suoi differenti articoli la capacità speciale de' testimoni (6). Per lo che non bisogna andare a cercare nella legge di ventoso delle disposizioni, che il codice Napoleone non ha voluto appropriarsi.

Si obietterà vanamente, che il codice nel serbare il silenzio ha inteso di rimanere questa classe di persone sotto la proibizione della legge di ventoso, dapoichè il legislatore ha così bene riconosciuto d'introdurre nel codice un dritto speciale al di fuori della legge di ventoso, che ha creduto di dover escludere nominalmente gli aiutanti de' notai, di già espressamente esclusi dalla legge di ventoso.

Infine quello, che prova, una tale intenzione del legislatore, è di esser essa formalmente enunciata nel rapporto presentato dal signor Jaubert al Tribunato (7). « Questa legge generale, diceva il sig. Jaubert nel parlare della legge di ventoso, non può essere invocata « nella materia de' testamenti, pe' quali una « legge particolare regola tutto quello, ch' è « relativo ai testimoni ».

La giurisprudenza non ha avuto da pronunziarsi sul punto di sapere, se i parenti od affini del testatore possono essere testimoni; ma essa ha avuto più volte l'occasione di pronunziarsi sull'applicazione della legge di ventoso ad altri casi di capacità de' testimoni testamentari; il che vedremo più basso in delle specie, alle quali rinviamo (8), e nelle quali, le ragioni, che abbiamo esposte, hanno formata la base della decisione de' tribunali e degli autori (9).

1604. Il codice non si è neppure spiegato su' domestici de' legatari e del testatore, ma per le ragioni, che abbiamo detto (10), l'art. 10 della legge de' 25 ventoso anno XI, ch' esclude i domestici delle parti, non è applicabile qui. Non si trova nulla nell'antico dritto, ch' escluda la loro testimonianza ne' testamenti, e se il codice avesse voluto rendirli incapaci, si sarebbe spiegato, come ha fatto per al re persone, specialmente per gli aiutanti de' notari o pe' parenti e gli affini de' legatari. Ma siccome non ha detto nulla a tale riguardo, bisogna conchiudere di avere inteso di lasciarli nel dritto comune. In una specie, in cui il domestico di uno de' legatari era stato testimone, la Corte di Caen con arresto fortemente motivato de' 4 di dicembre 1812 (11) ha consacrato l'inapplicabilità della legge di ventoso in questa materia, e questo pure ha giudicato la corte di Cassazione in un caso, in cui si trattava della incapacità di un domestico del testatore (12).

1605. Siegue da quello, che abbiamo detto su' parenti e gli affini del testatore, che si possono ammettere come testimoni i parenti e gli affini del notaio, che riceve il testamento. Ciò è tanto men dubbio, che il nostro codice stabilisce delle incapacità pe' testimoni relativamente al notajo unicamente nella persona de' suoi aiutanti. Nulladimeno questa opinione ha trovato degli avversari anche tra coloro, che non veggono veruna difficoltà a permettere la testimonianza de' parenti od affini del testatore (13). È

(1) Ulpiano, L. 20, D., *Qui test. facere possunt*, l. 6, D., *De testibus*.
(2) Instit., § 9, *De testam. ordin.* Furgole, *Testam.* cap. 3, sez. 2, n. 22.
(3) Poujol, n. 16, sull' art. 976.
(4) Merlin, Repert., v. *Testim. instrum.*, t. XIII, § 2, n. 3170, p. 400.
(5) Merlin, *loc. cit.*
(6) Art. 975, 980.
(7) Locré, t. XI, p. 466 e 467.
(8) V. n. 1610 e 1613.
(9) V. Merlin, *loc. cit.* Toullier, t. V, n. 399. Duranton, t. IX, n. 116. Vazeille, n. 8, sull' art. 975. Coin-Delisle, n. 36 sull' art. 980. Dalloz, t. V, cap. 6, sez. 4, art. 5, § 4, n. 21. Marcadé, t. IV, n. 36.
(10) *Sopra*, n. 1603.
(11) Devill., 4, 2, 209. V. ancora Merlin, Repert., v° *Testimone instrum.*, § 2 n. 3. p. 613, col. 2. Delvincourt, t. II, nota 7, sulla p. 87. Dalloz, *Disposiz tra vivi e testam.*, cap. 6, sez. 4, art. 3, § 4, n. 17. Coin-Delisle, n. 37 sull' art. 980.
(12) Cassaz. camera de' ricorsi, 3 agosto 1841 (Devill, 41, 1, 865) *Aggiungi* Duranton t. IX, n. 116. Poujol, n. 16, sull' art. 974. Coin-Delisle, n. 36, sull' art. 980.
(13) Toullier, t. V, n. 402. Duranton, t IX, n. 115. Dalloz, *loc. cit.* n. 27.

Digitized by Google

questa evidentemente una contradizione, e Duranton pretende di giustificarla col fare la seguente distinzione. « Il codice regola le qua« lità generali, che debbono avere i testimoni « chiamati ne' testamenti; in quanto alle quali« tà personali, richieste in ciascuno individuo, « fatt'astrazione dalla persona del testatore, « sono regolate dalla legge del notariato ». Ma questa distinzione è arbitraria, ed è formalmente respinta dalla legge, ch'esclude gli aiutanti de' notai dal dritto di essere testimoni nel testamento (1). Ora non risulta forse di lò, che anche nel caso, in cui il testimone non ha relazione col testatore, il codice non ha inteso di abbandonare alla legge di ventoso la cura di stabilire una proibizione a tal riguardo?

1606. Abbiamo veduto, che il nostro articolo non vuole, che gli aiutanti del notaio siano testimoni ne' testamenti ricevuti dall'uffiziale, nello studio del quale sono piazzati, ma non si spiega su' domestici del notaio. Nondimeno segue di lò per un argomento *a fortiori* di avere inteso di escluderci i domestici del notaio, che sono ben più sotto l'autorità e la dipendenza di quest'ultimo. D'altronde nell'antico dritto (2) i domestici del notaio non potevano essere testimoni, nè il codice avrebbe voluto innovare a tale riguardo (3).

1707. Si è sostenuto, che la nullità, che deriva dalla presenza di un testimone nel testamento, non cade su tutto il testamento, ma solamente sulla disposizione, nella quale questo testimone è interessato; siffatta opinione non è ammessibile, epperò è stata proscritta dalla giurisprudenza (4), perchè la forma degli atti è indivisibile, e le nullità, che li concernono, sono assolute.

1608. *Quid* se il legato fatto ad un testimone, e che rende questo incapace, fosse nullo o considerato come non scritto? La corte di Parigi si è pronunziata per la validità del testamento (5), ma ciò non può essere, che una concessione fatta al favore di un caso particolare. Ed in effetti la proibizione esisteva nel momento della redazione del testamento, il testimone si è creduto realmente gratificato da questo stesso testamento, e d'altronde egli mancava del carattere d'imparzialità richiesto dalla legge per assicurare l'autenticità dell'atto; il legato è riconosciuto nullo solamente *ex post facto*, ed il testamento essendo nullo sin dalla sua origine per mancanza di un testimone disinteressato, non ha potuto divenire valido in seguito.

Mavendo di là, bisogna decidere, che quando il testamento racchiude un legato ad un testimone nascosto sotto l'apparenza di un riconoscimento di debito, è nullo, se nel fondo è una vera liberalità (6).

1609. Il nostro articolo si applica soltanto a' testimoni la cui assistenza è richiesta pe' testamenti fatti innanzi notaio, e non regola la capacità de' testimoni dell'atto di soprascrizione de' testamenti mistici (7).

1610. Abbiamo parlato col nostro articolo de' testimoni del testamento e dell'incapacità, dalla quale sono colpiti, quando sono legati alla validità di quest'atto per un interesse personale.

In quanto al notaio, esso resta sotto l'impero della legge costitutiva della sua professione, legge, che lo siegue e lo governa evidentemente, quando riceve un testamento.

Ora questa legge (8) conduce necessariamente a decidere, che non potrebb'essere parente di veruna delle persone gratificate nel testamento sino al grado di zio o di nipote inclusivamente (9).

1611. Ma che si dovrebbe decidere, se fosse provato, che il notaio ignorava la sua parentela col legatario, se per esempio l'individualità del legatario dovesse essere incerta sin al giorno della morte del testatore? Crediamo con lo giurisprudenza (10), che sarebbe troppo rigoroso in tal caso di applicare la legge di ventoso e di pronunziare la nullità del testamento.

Allora svaniscono i motivi del sospetto della legge, perchè il notaro è stato libero, nè è soggiaciuto ad alcuna influenza.

1612. Il notaio non può essere parente di un legatario, ed a maggiore ragione è incapace di essere lui stesso instituito dal testamento, che riceve, dapoichè non potrebb'essere ministro nella propria causa (11) (a).

1613. Rimarcate nulladimeno, che il testamento, che contiene una disposizione fatta al notaio, non sarebbe nullo, se in quanto questa disposizione fosse fatta *in favorem* pel notaio, e costituisse un titolo per lui (12). Così sarebbe valido il legato di onorari, precedente-

(1) N. 1604.

(2) Ordinanza del 1745, art. 42. Pothier, *Tratt. delle donat. testam.*, cap. 1, art. 3, § 3.

(3) Merlin, Repert. v° *Testamento* sez. 2, § 8, art. 2, not. della p. 670. Grenier n. 253. Bayle-Mouillard, medesimo num. nota *su Grenier*. Toullier, t. V, n. 402. Duranton, t. IX, n. 115.

(4) Bordeaux, 14 luglio 1807 (G. del *Palazzo* 6, 204) Riom, 26 dicemb. 1809 (Devill. 3, 2, 167). Metz, 1 febbraio 1821 (*Palazzo* 16, 357). Cassaz., 27 novembre 1733 (Devill., 34, 1, 266).

(5) 26 gennaio 1808 Devill, 2, 2, 335).

(6) Bordeaux, 3 aprile 1841 (S., 41, 2, 361).

(7) V. *Infra*, n. 1963.

(8) Art. 8 e 68 della legge di ventoso.

(9) Douai, 29 maggio 1810 (Devill., 3, 2, 280) Douai, 17 marzo 1815 (Devill., 5, 2, 30. Lione 29 aprile 1825; e sul ricorso Cassaz. rig. 20 giugno 1827 (Devill., 8, 2, 622). Bourges, 30 giug. 1828 Devill., 9, 2, 104).

(10) Cassaz 15 dicembre 1847. (Devill., 48, 1, 550). Cassaz. 20 giugno 1827 (Devill., 8, 1, 622) Cass., 31 luglio 1834 (Devill, 34, 1, 452).

(11) Art. 8 della legge de' 25 ventoso ann. xi.

(a) Questa regola non vale pe' testamenti mistici, che possono contenere delle disposizioni a favore del notaio. — (*Legge sul notariato* art 8.) *Il trad.*

(12) L'art. 8 della legge di ventoso dice: « Che con« tenesse qualche disposizione a loro favore. »

mente dovuti al notaio (1), o il legato di una somma di denaro, ammontare di un biglietto dovuto allo stesso, se fosse certo, che il creditore non è incorso in veruna decadenza o prescrizione, e che il biglietto, da lui posseduto, non è attaccabile sotto di verun rapporto (2). Ed in effetti il testamento non è il titolo del notaio, ed il credito di costui non è legato alla sorte del testamento. Da che siegue, che il ricordo del credito fatto nel testamento non è una di quelle disposizioni ordinate in favore del notaio, di cui parla la legge di ventoso anno XI, dappoichè lo scopo di questo ricordo non è di gratificare ma di fare conoscere all'erede il passivo, di cui è gravato.

Articolo 976 — (902)

Quando il testatore vorrà fare un testamento mistico o segreto, sarà obbligato di sottoscrivere le sue disposizioni, sia che le abbia scritto egli stesso, sia che le abbia fatte scrivere da un altro. La carta, che conterrà le sue disposizioni, o quella, che le serve d'involto, se ve n'è, sarà chiusa e suggellata, ed il testatore la presenterà così chiusa e suggellata al notaio ed a sei testimoni almeno, o la farà chiudere e suggellare in loro presenza; dichiarerà, che il contenuto in quella carta è il suo testamento scritto e sottoscritto da lui, o scritto da un altro e da lui sottoscritto; il notaio ne redigerà l'atto di soprascrizione, che sarà scritto su questa stessa carta o sul foglio, che le serve d'involto; quest'atto sarà sottoscritto così dal testatore, che dal notaio insieme co' testimoni. Quanto precede sarà fatto tutto di seguito e senza divergere ad altri atti, ed in caso, che il testatore per un impedimento sopravvenuto dopo la sottoscrizione del testamento non potesse sottoscrivere l'atto di soprascrizione, sarà fatta menzione della dichiarazione, che avrà fatto, senzachè sia bisogno in questo caso di aumentare il numero de' testimoni (a).

SOMMARIO

1614. Del testamento mistico in dritto romano.
1615. Delle formalità relative al numero de' testimoni.
1616. Dell'atto di soprascrizione secondo il dritto romano.
1617. Le formalità di quest'atto dovevano compiersi *uno contextu*.
1618 Erano prescritto a pena di nullità. — Poco importava, che i testimoni ignorassero oppur no il contenuto del testamento.
1619. Uso di questo testamento ne' paesi di dritto scritto. — È adottato per l'ordinanza del 1735 e pel Codice napoleone. — Divisione delle formalità prescritte dall'art. 976.
1620. 1. Della scrittura interiore del testamento mistico. — Della sottoscrizione.
1621. Non è richiesta veruna condizione particolare da parte di colui, che scrive il testamento interno.
1622. La menzione della dettatura è inutile nell'atto interno.
1623. È lo stesso della menzione della data.
1624. L'unità del contesto non è richiesta per l'atto interno.
1625. Il testatore può guardare il segreto delle sue disposizioni; si limita a dichiarare, che l'atto, che presenta, contiene la sua volontà.
1626. 2.° Della chiusura e del suggello sia sul foglio interiore sia sull'involto.
1627. Senso delle parole *chiuso* e *suggellato*. — L'impronta del suggello non è necessaria.
1628. In tutt'i casi il suggello adoprato può non essere quello del testatore.
1629. Il testamento non dev'essere meno chiuso e suggellato, quando l'atto di soprascrizione è sul medesimo foglio dello scritto testamentario — lo che il segreto non è dell'essenza del testamento mistico.
1630. *Quid* se l'involto o la chiusura sono imperfetti?
1631. 3.° Presentazione a' testimoni ed al notajo con dichiarazione. — Conseguenze della dichiarazione in quanto alla scrittura del testamento, se questa dichiarazione è in contradizione col fatto. — Distinzione.
1632. Numero de' testimoni. — L'eccezione dell'art. 974 non è qui applicabile.
1633. Gli eredi ed i legatari possono essere testimoni negli atti di soprascrizione de' testamenti mistici. — Eglino sono legalmente ignoti.
1634. È lo stesso dello scrittore del testamento.
1635. La legge non pronunzia veruna incapacità contro i testimoni del testamento mistico relativamente al testatore ed al notaro.
1636. Colui, che non comprende la lingua del testatore può essere testimone in un testamento mistico?
1637. 4° Atto di soprascrizione. — Senso della parola *redigere* adoperata nell'art. 976.
1638. Un notaro può dopo di avere scritto come persona privata un testamento, che contiene delle disposizioni in suo favore, ricevere l'atto di soprascrizione?
1639. L'atto di soprascrizione dev'essere scritto sulla medesima carta o sull'involto stesso del testamento.
1640. Menzioni, che deve contenere l'atto di soprascrizione.
1641. Del resto queste menzioni possono risultare da equipollenti. — Esempi in quanto alla presentazione ed alla dichiarazione.
1642. Esempio di un caso, in cui la presentazione è sembrata, che risultasse sufficientemente dal contesto dell'atto.
1643. Della menzione relativa alla chiusura ed al suggello. Basta, che risulti dalle circostanze e da' fatti materiali la pruova, che il processo verbale contiene tutto ciò, ch'è essenziale per la validità dell'atto. — Esempio.
1644. Altro esempio di un caso, in cui il notajo si era limitato a constatare, essere il testamento suggellato.
1645. Della menzione della scrittura dal notajo.
1646. Della menzione delle sottoscrizioni del testatore o de' testimoni.
1647. Del luogo, che quest'ultima menzione deve occupare nell'atto.
1648. Della menzione della sottoscrizione del notajo.
1649. Della menzione della lettura dell'atto di soprascrizione.

(1) Cassaz., 27 maggio 1815 (G. del *Palazzo*, 1815, 2, 547).

(2) Quest'ultimo punto è stato così deciso dalla Corte di Cassazione con arresto da' 4 di maggio 1810 a mio rapporto (Devill., 40, 1, 402. G. del *Palazzo*, 1840, 2, 113).

(a) Uniforme a quest'art. è l'art. 902 delle Leggi civili. *Il traduttore.*

Digitized by Google

COMENTARIO

1614. Il testamento mistico o segreto (1) è di origine romana, ed esso viene chiamato solenne nelle leggi del digesto; le formalità sono regolate da diversi testi del *Corpus juris* (2). Adottato dal dritto francese, il testamento mistico è la forma, che la legge circonda di maggiori solennità, perchè si tratta non solo di garentire la volontà del testatore, ma ancora di constatare l'identità dello scritto, che contiene le sue disposizioni e di quello, sul quale si redige l'atto di soprascrizione (3).

Nel dritto romano la scrittura era dell'essenza del testamento mistico, ed a differenza del testamento nuncupativo, la scrittura faceva parte della solennità (4). Il testamento poteva essere scritto di mano del testatore o di ogni altra persona, da lui adoprata (5). Ma quando la scrittura era di mano altrui, bisognava, che apparisse di averlo il testatore dettato (6), affinchè si fosse sicuro, che la volontà era sua e non quella dello scrittore. Era d'uopo inoltre, che il testatore sottoscrivesse l'interno del testamento, almeno tal'era la giurisprudenza, quando una mano straniera aveva sottoscritto il testamento (7). Ma quando l'interno era scritto di mano del testatore, bastava, che sottoscrivesse sull'involto. Del resto poco importava, che lo scrittore fosse maschio o femmina (8), libero o schiavo (9). Tali erano le formalità relative alla scrittura (10).

1615. Fatta questa prima operazione, il testatore doveva chiamare sette testimoni, maschi, puberi, *integri status*, cittadini romani, *de eo rogati*, e che sapessero scrivere, poichè dovevano sottoscrivere (11). Si è dimandato, perchè il legislatore aveva richiesta la presenza di sette testimoni. Osualdo Hilligero, annotatore di Doneau (12) crede, non essere stato il capriccio, che fece scegliere questo numero, ma il rispetto, che in quasi tutt'i tempi si è mostrato pel numero sette, che ha una sì grande influenza ne' periodi della vita dell'uomo, nelle malattie, ne' cambiamenti di temperamenti ecc. E se nel testamento per *aes et libram* non si richiese, che l'assistenza di cinque testimoni soltanto, ciò fu a causa del carattere politico di questa forma di testare, ch'era stata la più antica, e che conformandosi alla divisione del popolo romano in cinque classi secondo le instituzioni di Servio Tullio, esigeva l'assistenza di cinque testimoni, onde ciascun testimone rappresentasse una classe.

1616. Questi testimoni essendo riuniti, il testatore presentava loro il suo testamento chiuso ed involto (13), e dichiarava, che lo scritto conteneva le sue ultime volontà. Un involto riceveva le sottoscrizioni (14), e quest'atto esteriore serbava la fede dell' atto interno, giusta l'elegante espressione di Paolo (15). Il testatore sottoscriveva, se sapeva scrivere; se no, si chiamavano otto testimoni, che sottoscrivevano in suo nome. Dopo di che i testimoni apponevano sull'involto i loro suggelli e segni (16) secondo questa formola: *Ego Lucius Titius Caii testamentum signavi* (17). Se il testatore aveva scritto il testamento, non era necessario, che lo sottoscrivesse sull'involto. Giustiniano dapprima aveva voluto, che il testatore scrivesse di sua mano il nome dell'erede istituito, ma abrogò questa formalità (18), e l'Imperatore Leone (19) tolse via quella de'suggelli e de'segni manuali de'testimoni. Nonperò quest'uso in quanto concerne il segno manuale o sottoscrizione si mantenne lungo tempo in occi-

(1) Cujacio, *Recit. solemn.* sul titolo del Codice *De testam.*
(2) L. 28 e 29. D., *Qui test. facere poss.* L. *Hac consultissima*, 21, C., *De testam*, nov. 119, cap. 9, V. Pothier, Pand, t. II, p. 178, n. 39 Furgole, *Testam.*, t. I, cap. 2, sez. 1, ni 3 e seg.
(3) Jaubert, *Rapporto al Tribunato*. V. Locré, t. II, p 423.
(4) L. 21, *In princip.*, e § 1. C., *De testam.*
(5) L. *ead.*, *eod. titulo.*
(6) L. 2, § 7, D., *De bonor. posses. secund tab.* L. 28, D. *Qui test. facere poss.* L. 21, C., precitata.
(7) Furgole *loog. cit.* n. 4.
(8) L 6, § 3, e l. 15 § 5, D., *De falsis.*
(9) L. 28, D., *Qui test. facere poss.*
(10) Doneau, *Comment.*, VI, 7, 2, 3 e seg.
(11) L. 21, C. *De testam.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 178, n. 39.
(12) *Su Doneau*, VI, 7, nota *b*. V. nella nostra prefazione un' altra spiegazione di Pothier.
(13) « *Consignatam vel ligatam, vel tantum clausam, « involutamque, proferre scripturam.* » (Giust. l. 21, C., *De testam*)
(14) « *Offere signandam et subscribendam.* » (Suetonio, *Nero*, 17, leg. precit.) Saumaise, *De subscrib. et sign. testam.*
(15) Paolo, *Sententiae*, l. 5, tit. 25, *Ad leg. Corn., testam.*, § 6. Cujacio sul tit. C., *De testam.*
(16) « *Quo facto, et testibus uno eodemque die ac tem- « pore subscribentibus et consignantibus, testamentum « valere.* » (Legge 21 precitata).
(17) Paolo, *Sententiae* l. 5, tit. 25, § 6. Cujacio, *loc. citat.*.
(18) Novella 119, cap. 9.
(19) Novella 42.

Digitized by Google

dente per un abuso generale, frutto dell' ignoranza e dell' incuria (1).

1617. Da ultimo si doveva procedere a tutte queste operazioni *uno contextu*, vale a dire nel medesimo tempo; il che non impediva, che un testimone potesse uscire un istante per adempiere a delle necessità naturali (2).

1618. Tutte queste formalità erano prescritte a pena di nullità, ed il testamento non poteva valere come testamento nuncupativo a menochè il testatore non avesse dichiarata la sua volontà in presenza de' testimoni (3).

Del resto il testamento mistico era valido, benchè i testimoni ne ignorassero il contenuto (4). Che anzi il testamento mistico veniva preferito appunto per nascondere la propria volontà a'testimoni, per lo che offriva al testatore una forma comoda (5) (a).

1619. I paesi consuetudinari non adottarono l'uso de' testamenti solenni o mistici (6), ma veniva praticato in tutte le provincie di dritto scritto. L'ordinanza del 1735 ne regola le formalità, fondandosi sulle leggi romane (7), ed il Codice Napoleone ha seguito molto da presso questa ordinanza.

Passeremo in rivista le formalità prescritte dal nostro articolo, e che possono dividersi così:

1.° Scrittura interna.
2.° Chiusura e suggello.
3.° Presentazione a' testimoni ed al notaio con dichiarazione.
4.° Atto di soprascrizione.
5.° Unità di tempo e di luogo.

1620. Il testatore deve scrivere egli stesso le sue ultime disposizioni e sottoscriverle; se non vuole o non puole scrivere egli stesso, può farle scrivere da una terza persona e sottoscriverle. Nondimeno la sottoscrizione del testatore non è obbligatoria a pena di nullità, ciocchè risulta dall'art. seguente, che prevede il caso, in cui il testamento non è sottoscritto, ed esige allora un testimone dippiù. D'onde siegue, che un individuo, che non sa nè scrivere nè sottoscrivere, può validamente fare un testamento mistico.

1621. La persona, che il testatore incarica di scrivere le sue disposizioni, non ha bisogno di essere persona pubblica, perchè la legge in niuna parte ne impone l'obbligazione. Egli può servirsi, di una mano privata secondo lo giudica convenevole, e lo scrittore può essere maschio o femmina, o di qualsivoglia condizione (8), anche legatario interessato nel testamento (9).

1622. Non è necessario neppure, che lo scritto interno dica di averlo dettato il testatore, quando ha adoprato una mano straniera, imperocchè la dichiarazione, che fa a'testimoni di essere quello il suo testamento, supplisce a quest'enunciazione, ed assicura, che questo scritto contiene la volontà del disponente (10).

1623. Il codice Napoleone non esige, che questo scritto interno sia datato, nel che si allontana dall' ordinanza del 1735, che esigeva la data (11). Per lo che inutilmente si dimanderebbe sotto la legge attuale la nullità del testamento, fondandosi sull' omessione della data (12).

1624. Siccome questo scritto è un atto assolutamente separato dalla soprascrizione, ne siegue, che questa ultima formalità può non a-

(1) Mabillon, *De re diplom.*, 2, 22, 6. Pasquier, *Ricerche*, 10, 13. Loyseau, *Uffizi*, 2, 4, 15. Furgole, t. I, cap. 2, ses. 1, n' 8, 9, 10, 11.

(2) L. 21, § ult., D., *Qui testam. facere poss.* L. 21, C., *De testam.* § 3, Inst., *De testam. ordin.* V. *infra*, n. 1644.

(3) L. 30, C., *De testam.*

(4) L. 21, C., *De testam.*

(5) Cujacio sul tit. C., *De testam.*

(a) Nel nostro antico dritto patrio gli scrittori seguendo le orme di Paolo di Castro nella *L.* 22, § *Si ab ipso D.*, *De testam.*, riducevano ad otto le formalità richieste pel testamento chiuso, o altrimenti detto *in scriptis*. 1.° Che vi fosse scritta l'istitusione di erede; 2.° Che v'intervenissero sette testimoni; 3.° Che i testimoni fossero maschi; 4.° Che fossero maggiori; 5.° Ch'essendo presenti vedessero la persona del testatore; 6.° Che il testatore in presenza dei testimoni sottoscrivesse il testamento, se non fosse stato scritto tutto di sua mano, a ciò si rivelasse dalla medesima scrittura, oppure, che vi fosse un ottavo testimone nel caso che il testatore non sapesse scrivere; 7.° Che il testatore dichiaresse, essere quella scrittura il suo testamento, o tenendola in mano, o facendosela recare da qualche persona, che per ordine suo la prendesse da qualche luogo, ov'era riposta, 8.° finalmente che ogni testimone sottoscrivesse l'atto della chiusura del testamento, e segnasse col proprio sigillo o con quello di un altro, indicando colui, al quale apparteneva.

Morto il testatore, procedevasi all'apertura del testamento. I soscrittori dell'atto di chiusura recavansi innanzi al Giudice a contratti ed al notaio ed ivi dopo di avere riconosciuto le loro firme ed i loro suggelli, assistevano all'apertura del testamento, del che redigevasi un apposito atto. S'erano morti o assenti alcuni di detti soscrittori, e gli assenti o morti fossero il minor numero, si chiamavano in vece loro altre persone di conosciuta probità, e si faceva l'apertura in loro presenza, ma se gli assenti e i morti fossero il numero maggiore l'apertura doveva farsi dal presidente del S. R C. nella sua qualità di viceprotonotario e con cognizione di causa (*). *Il traduttore*

(6) Chabrol *sulla consuet. di Overgne*, 12, 48.

(7) Art. 8, 9, 10, 11, 12.

(8) L. 21, C., *De testam.*

(9) Grenier, *Donaz. e Testam.* n. 268, t. II, p. 518. Toullier t. V, n 465.

(10) Quando il testatore si serve di una mano straniera, non è necessario, che sia detto di averne letta la scrittura; ma se risultasse chiaramente dal testamento, che non l'ha letto, vi sarebbe nullità. V. *infra*, n' 1659 e seg.

(11) Art. 38.

(12) Nimes, 3 giugno 1807 e sul ricorso Cass., rig, 14 marzo 1809 (Devill., 3, 1, 35). Colmar, 20 gennaio 1824 (Dalloz, *Giurispr.* t. VI, p. 19). Merlin, Repert., v° *Testam*, sez. 2, § 3, art. 3, n. 10, p. 700. Toullier, t. V, n. 475, p. 457.

(*) Maffei, *Instit. jur. civ. neapolitanorum*, l. 4, c. 1, § 3.

ver luogo, che molti giorni dopo; perciocchè la disposizione della legge, che esige di farsi le cose *uno contextu*, non si applica all' operazione della scrittura interna.

1625. La scrittura delle disposizioni è segreta nei testamenti mistici. Il testatore non rivela le sue intenzioni al notajo ed ai testimoni; egli agisce lontano dagli sguardi curiosi (1), e la sola cosa, che deve fare conoscere, è di avere fatto un testamento, e che lo scritto, che egli presenta, contiene la sua volontà (2). Ed è per questo, come or ora diremo, (3) che egli non ha bisogno del concorso di veruna persona partecipe della pubblica podestà per mettere in iscritto le disposizioni, che fa del suo patrimonio.

1626. Quando il testatore ha scritto le sue disposizioni, deve chiudere prima, e poi suggellare lo scritto, che le contiene, ovvero può servirsi di una coperta; ma allora questa coperta, che contiene la scrittura interna, deve primieramente essere chiusa, e poi suggellata. In questo il codice ha derogato all' ordinanza del 1735 (4), che esigeva, che anche quando si faceva uso d' invoglio, il foglio interno, contenente lo scritto, dovess' essere chiuso e suggellato.

1627. Ma che cosa è il suggellamento aggiunto alla chiusura, e di cui il nostro testo, di accordo con l' ordinanza, fa una condizione dell' adempimento delle formalità del testamento? È egli necessario per suggellare il testamento, che il testatore imprima sulla cera o sull' ostia, di cui si serve, una impronta, un sigillo, un segno inciso, che lasci delle tracce? Il rigore, col quale alcuni autori hanno interpretato il senso della parola suggellare, c' impone il dovere di esaminare questa quistione con qualche dettaglio, onde preservarci da una inutile minuzia, che fa dipendere la volontà dei moribondi da capricciose osservanze, strette e frivoli.

Secondo la legislazione di Giustiniano non era necessario, che il testatore presentasse il suo scritto chiuso e suggellato; bastava, che fosse chiuso ed involto (5). Il che non era molto, perchè la chiusura non è sempre sufficiente per preservare il testamento dai sguardi indiscreti. Se per esempio il testamento non fusse chiuso, che con dei fili, delle fettuccie, o degli spilli, sarebbe facile per un terzo di aprirlo, e di prenderne una conoscenza, che ripugna all' essenza del testamento mistico. La ordinanza del 1735, e dopo di essa il codice Napoleone hanno avuto ragione di esigere, che il testamento sia alla volta chiuso e suggellato per modo da non potersi aprire senza lacerarlo. Ma nè l' ordinanza nè il codice ha prescritto una forma particolare per eseguir il suggellamento, e basta che secondo lo stato naturale dell' atto ne sia fatta la chiusura con le precauzioni che proteggono il segreto degli scritti, e non permettono di aprirli senza lacerarli. Se dunque le fettuccie sono legate e ritenute con della cera, se gli estremi de la carta sono ravvicinati ed uniti con una materia, che serve a suggellare, come la cera, le ostie, la colla forte ecc. ecc., il voto della legge è soddisfatto, e vi sarebbe una severità irragionevole a pretendere, che tutte queste precauzioni saranno vane, se la cera, l' ostia, la colla forte ecc non rimangono impressi con un suggello, che lascia delle tracce apparenti.

Per giungere ad una soluzione contraria si prende la parola *suggellato* corpo a corpo, e dapprima si dice, che suggellare significa marcare con un suggello, e poi che un suggello è un pezzo di metallo di figura rotonda od ovale, che lascia un'impronta sulle materie molle, sulle quali viene applicato (6).

Se fossimo in Roma ed al cospetto degli usi dei Romani, non faremmo difficoltà di dare a questa argomentazione etimologica molta autorità; ma in Francia non ne ha veruna, e si attribuisce alla legge un pensiero, che non ha.

È certo, che in Roma l'uso dei suggelli (*signum*, *sigillum*, *signaculum*) (7) era generale. I cittadini romani erano nell' abitudine di suggellare le loro lettere con degli anelli, che avevano un emblema, una marca, un segno distintivo, di tal che non vi era *consignatio* o *obsignatio*, che in quanto la cera fosse impressa di un suggello: *dum tamen habeat formam insculptamque signis imaginem* (8). Ogni cittadino aveva un anello, che chiamava *annulus signatorius* (9) ed il dono di questo anello era il segno di un' affezione speciale, che talvolta nel morire si offriva ad un amico (10).

Spesso invece di segnare con un segno manuale, si soleva limitarsi ad apporre il proprio suggello (11). L' apposizione del suggello ai

(1) « *Hac primum tenendum est; non est necesse testes ea scire quae in testamento scripta sunt.* » (Doneau, *Comment.*, lib. 6, cap. 8, n. 1).

(2) « *Sed sufficit scripturam testamenti etiam clausam et involutam, atque ideo consignatam et ligatam praeferre.* » (Doneau, *loc. cit.*)

(3) V. *sopra*, n. 1621.

(4) Art. 9 dell' ordinanza del 1735.

(5) *Sopra*, n. 1614 L. 21, C., *De testam.*

(6) Dizionario di Trevoux, v° *Suggella.*

(7) Sumaise: « *Signum certe est quod impresso annulo in cera exprimitur.* » (*De subscribendis et signandis testamentis*, p. 161. 162).

(8) Ulpiano, l. 22, § 3, D., *Qui testam. facere possunt.* Giustiniano, *Instit. De testam. ordin.*, § 5. L. 21, C., *De testam.*

(9) Paolo, l. 74, D., *De verb. signif.* Ulpiano, l. 25, § 10, D., *De auro, argento legatis.* Valerio Massimo, l. 8, c. 14, § 4.

(10) Valerio Massimo, l. 7, c. 8, §§ 5, 8, 9.

(11) Sallustio, *Catelina*, 47. « *Perlectis litteris, quum prius omnes sua signa cognovissent.* » Ovidio, l. 1, *Trist. eleg.*, V, v. 7: « ... *Positis pro nomine signis.* » Suetonio, *August* 33: « ... *Ignosceretur iis quos fraude ad signandum vel errore inductos constitisset.* »

trova in ogni istante negli atti della vita civile (1).

Anche in Francia l' uso dei suggelli fu per lungo tempo in vigore, ed il suggello rimpiazzò non solo la sottoscrizione dei testimoni, ma anche quella delle parti e del notaio. Questa usanza, che si osservò per più di cinque secoli, durò sino a Francesco I. (2).

Ma la pratica contraria è talmente dominante oggi, che non è più possibile di argomentare senza pericoli da questi antecedenti. D'altronde le parole hanno cambiato di senso, e perduta la loro precisione; sì che prenderle alla lettera è un prendere per delle realità cose cadute in desuetudine. E dapprima la parola suggelli non si applica più da lungo tempo ai sigilli dei particolari (3): « I suggelli, (*cachets*), dice il dizionario di Trevoux, (4) « differiscono dai sigilli (*sceaux*) (a), in quanto « i sigilli (*sceaux*) sono per gli affari pubblici, « o che riguardano il pubblico, ed i suggelli « (*cachets*) non sono che per gli affari dei particolari tra loro, come le lettere ». Si dice il sigillo dello stato, il sigillo di tal ministero, ma un particolare non ha sigillo. Come dunque la parola «sigillato» adoprata dal codice Napoleone ed applicata ad un particolare, potrebbe riferirsi ad una cosa, che non è più nelle cose private? Da che siegue, che questa parola non deve più essere intesa (almeno nella materia, che ci occupa) nel senso etimologico, nè può strettamente significare l' apposizione di un segno o suggello, ma bn un significato più ampio, e vuol dire una maniera di unire due parti con tali precauzioni, che per separarle bisogna giungere sino a lacerarle.

Ed è per questo, che si dice molto propriamente, che si suggella una bottiglia, un fiasco, quando la si chiude con un mastice (5) senzachè vi sia un segno apposto. Ecco quale è la verità senza sottigliezze e senza anacronismo!

Di già nel 1735, quando l' ordinanza di Luigi XV sui testamenti adoprava la parola suggellato, non sembrava, che essa avesse il senso rigoroso della parola *signatio, obsignatio* dei Romani. L' art. 9 di questa ordinanza si limita a dire in una maniera generale, e senza nulla specificare di sacramentale o di obbligatorio nell'esecuzione, che la carta sarà chiusa e suggellata « con le precauzioni in tal caso richieste ed usate »; il perchè i commentatori non insistano per nulla sulla necessità d' una apposizione d' impronta, e non sembrano preoccupati che del punto veramente capitale, che consiste nel sapere, se il testamento sarà sufficientemente sicuro.

Così Bergier dice (6): « Non vi sarà alcuno « inconveniente a chiudere la carta, che contiene il testamento, in un invoglio fermato « con un solo suggello nella forma ordinaria « delle lettere; quello che unicamente è essenziale, è che l'invoglio sia chiuso e suggellato « di maniera, che non si possa senza lacerarlo « o alterare il suggello ritirarne il testamento « e sostituirne un altro ».

Renato Aimar (7) dice nello stesso senso, che un testamento, che fosse solamente chiuso, e che non fosse suggellato, non sarebbe sicuro, perchè sarebbe facile di farvi delle alterazioni per la facilità, che si avrebbe di aprirlo e chiuderlo.

Furgole enuncia così il suo parere sulla quistione (8): «Siccome l'ordinanza non prescrive « la forma, nella quale l'involto dev'essere « chiuso e suggellato, vi è luogo a credere, « che basterebbe, che fosse chiuso con della « cera di Spagna o dell'ostia, senzachè vi sia « di bisogno d'intrecciarlo con una fettuccia o « con un filo ».

Ed altrove (9) Furgole dice ancora, essere sufficiente, che nel chiudere la carta o nel coprirla con un invalto, si prendano le precauzioni richieste ed usate, affinchè non si possa sostituire un altro scritto in luogo di quello, che contiene la vera volontà del testatore.

In quanto alle precauzioni, delle quali qui è quistione, Sallé (10) si spiega così. «La più « ordinaria precauzione è di passare un filo « per congiungere la carta, ove il testamento « è scritto, e di mettere i suggelli su' luoghi, « pe' quali passa il filo... » (11).

Si vede, che questi autori sembrano adoprare con preferenza le parole *cachet* e *cacheté* (suggello e suggellato) invece delle parole *sceau* e *scellé* (sigillo e sigillato) (a). Ora queste parole *cachet* e *cacheté* nell'idioma usuale non implicano necessariamente l'idea di un'impronta. Quale si sia la definizione, che i Dizionari possono dare di queste parole (12), sarà sempre certo, che una lettera chiusa con cera o con

(1) V. la dissertaz. di Loyseau sui *Suggelli*, *Offici*, l. 2, cap. 4. Paolo, *Sentenze*, l. 5, tit. 25, § 6. L. 22, § 5, D., *Quae test. facere possunt*. Ulpiano, l. 1, § 36, D., *Depositi*. Ulpiano, l. 11. § 3, D., *Locati*.

(2) Furgole, *Testam.*, t. 1, cap. 2, sez. 1, n. 11.

(3) Loyseau, *Offici*, l. 2, cap. 4, ni 10 e 16.

(4) V. *Suggello*.

(a) Non abbiamo in italiano de' termini, ch' esprimono questi due significati della lingua francese.

Il trad.

(5) Trevoux, v° *Sigillare*.

(6) Bergier *su Ricord*, t. 1, p. 412.

(7) *Spiegaz. dell' ordin. del* 1735, sull' art. 9.

(8) *Testam* cap. 2, sez. 3, a. 23.

(9) *Loc. cit.* n. 22.

(10) *Spirito dell' ordin. di Luigi XV*, sull' art. 9 del 1735.

(11) La stessa precauzione è indicata da Suetonio, *Vito di Nerone*, § 17: « *Adversus falsarios tunc primum « repertum ne tabulae, nisi pertusae, ac ter lino per « foramina trajecto, obsignarentur.* » V. ancora su questa precauzione l. 1, § *ultim.*, D., *De bonor. possess. secund. tabulas*.

(a) Ripetiamo l' osservazione delle nostra note alla pagina precedente.

(12) Trevoux v° *Cachet*.

Digitized by Google

ostia sarà per tutti una lettera chiusa, benchè non vi si sia apposta veruna impronta, e che per conoscerne il contenuto bisognerà dissuggellare la lettera.

E si comprende, che se sotto l'impero dell'ordinanza la parola « suggellato » non doveva necessariamente essere intesa nel senso d'impronta, non si potrebbe essere più rigoroso sotto il codice Napoleone.

Si dirà forse, che la parola «suggellata» intesa in questo modo non aggiunge nulla alla parola « chiuso » che la precede, e che non è altro, che un inutile pleonasmo? Come qui sopra dicevamo, una cosa può essere chiusa senza essere suggellata. Così una porta è chiusa, ma non per questo è suggellata. Si potrà aprirla, perchè non è che chiusa. Ma suggellatela, vale a dire assicurate la chiusura di questa porta con della cera, anche senz'apporvi veruna impronta, voi non potrete più aprire la porta senz'alterare il suggello. Si può dire altrettanto di una scatola, che può essere chiusa senz'essere suggellata; per lo che chiuso e suggellato sono due espressioni differenti, e quando anche suggellare non significasse apporre un'impronta, direbbe sempre molto più di chiudere.

Nulladimeno s'insiste, e si trova, che la mancanza d'impronta sulla cera sarà una mancanza di garentia per la sicurezza del testamento. Si pretende, che sarà possibile, specialmente col fare fondere la cera apposta sull'involglio, di penetrare sino al testamento interno, d'impadroirsene, di farvi de'cambiamenti, di riporlo, e di rifare in séguito una chiusura di cera. Ma se questo sembra possibile, chi garantirà, che non sarà lo stesso quando sull'involto vi sarà un'impronta? Forse la difficoltà di ristabilire l'impronta? Per certo questa difficoltà sarebbe seria, se la legge avesse richiesto sin da principio un suggello particolare e definito, munito di una impronta, o se l'atto di soprascrizione dovesse contenere una descrizione della chiusura e del suggellamento. Ma in mancanza di ogni disposizione a tal riguardo, chi vieterà a colui, ch'è stato tanto ardito d'aprire il testamento mistico, di rimpiazzare l'impronta cancellata o fusa con un'altra impronta qualunque, poichè non avrà da temere il confronto della sua impronta con una descrizione dell'impronta precedente, che non è stata fatta, e che d'altronde questa seconda non avrà lasciato nella memoria de' testimoni, che de'ricordi fuggitivi, supponendo, che siano sopravvivuti al testatore?

Questo silenzio della legge è una pruova dippiù ed una pruova irrefutabile, che con la parola suggellato, essa non ha voluto esigere un'impronta.

So, che gli arresti non hanno sempre interpretato il nostro articolo con l'equità, che ci serve di regola, e che ci sono degli esempi di eccessiva severità negli arresti di Douai e di Bruxelles (1). Ma non siamo scossi da queste decisioni, emesse d'altronde in un'epoca antica, nella quale la giurisprudenza inclinava a de'rigori, ora abbandonati. Ci basterà di ricordare l'arresto della Camera de'ricorsi del 7 di agosto 1810 (2), che rigetta il ricorso prodotto contra l'arresto di Douai.

« Attesochè l'art. 976 richiedendo la chiasura ed il suggello del testamento, la corte « di Douai ha potuto trovare, che queste forme « non erano state osservate con una semplice « chiusura senz'apposizione di alcun suggello « o marca (*sceau* e *cachet*.... ecc. »).

Queste espressioni sono per la loro riserva molto significative, perciocchè indicano, che nel pensiero della Corte suprema la Corte di appello non ha fatto, che risolvere una quistione di fatto. Ed è da presumere, che nel caso di una soluzione contraria la Corte di cassazione avrebbe rigettato del pari il ricorso per gli stessi motivi.

Si vuole sapere sino a qual'esagerata conclusione si è condotto dalle idee, che hanno presieduto agli arresti di Douai e di Bruxelles? In una specie giudicata dalla corte d'Angers il 19 di febbrajo 1824 (3) si metteva in quistione la validità di un testamento mistico, perchè su quattro suggelli, che l'involto di questo testamento aveva, un solo, messo in un canto, aveva una impronta, sì che si sosteneva, che gli altri suggelli non essendo muniti di una marca, l'atto non era suggellato ne' termini dell'art. 976. Forse si ragionava logicamente in quest' ordine d'idee così esagerato, prendendo per base la dottrina, che confutiamo; ma si era certamente nel falso, prendendo per guida il buon senso e la verità; dapoichè agli occhi di tutti tal testamento era suggellato di una maniera completa. Epperò la corte di Angers si è pronunziata per la validità del testamento: e tra gli altri motivi, dati pel suo arresto, si deve rimarcare questo, che a' nostri occhi riassume il pensiero dell'art. 976, cioè « che la legge se n'è « riportata alla prudenza ed all'interesse del « disponente, poichè non ha specificato nulla ».

Terminiamo con un'osservazione. L'impressione di un suggello sull'involto è così poco la garentia richiesta dalla legge in questa materia, ch'è possibile, che la chiusura fatta con l'addizione di un bollo o di un suggello permetta di ritirare il testamento dal suo involglio, come si può ricavarlo da una specie riportata da Bergier (4), e giudicata da un arresto del Parlamento di Parigi de' 12 di febbrajo 1779. In questa specie la cera impressa col suggello

(1) Bruxelles 18 febbraio 1818 (Dalloz, *J. G.*, t. VI, p. 16.
(2) Cassaz. rig., 7 agosto 1810 (Devill., 3, 1, 226).
(3) Devill., 24, 2, 164.
(4) *Su Ricard.*, t. I, p. 412.

Digitized by Google

ordinario dello testatrice era stata messa sul foglio esteriore, che serviva d'invoglio, con sì poca precauzione, che si avrebbe potuto ritirare il testamento, se non fosse stato attaccato a questo medesimo invoglio con un cera interna. La quale circostanza determinò soltanto il Parlamento a decidere, che il testamento era validamente chiuso e suggellato, per la ragione, che non avrebbe potuto essere separato dalla carta, che l'avvolgeva, senza rottura(1). Ma supponete, che non vi fosse stata cera interna per rendere il testamento inseparabile dall'invoglio; supponete, che l'invoglio messo d'intorno all'atto, non fosse stato chiuso, che con un suggello esterno, è evidente, che nel sistema, che confutiamo, il testamento sarebbe stato chiuso, perchè sarebbe stato soccartato, e che dippiù sarebbe stato suggellato, perchè la cera avrebbe ricevuta l'impronta di un suggello. Ma se vi è qualche cosa di evidente, si è, che questa chiusura e questo suggello non avrebbero risposto alle esigenze della legge, e che il testamento non sarebbe stato suggellato. Indubitatamente avrebbe avuto il suggello della testatrice, ma non è questo, che preoccupa il testatore; essa vuole nella sua saggezza, che il testamento non sia considerato come suggellato, che quando non si può aprirlo senza frattura o lacerazione. Ed ecco perchè sostenghiamo, che la parola suggellato non può essere intesa come sinonimo di ciocchè è impresso d'una marca, ma ha un senso più generale, e per iscopo di assicurare di una qualunque maniera l'identità ed il segreto del testamento; e semprechè l'identità ed il segreto del testamento appariranno di non avere ricevuto verun attacco, il giudice non potrà dispensarsi dal riconoscere la validità del testamento, nè dovrà preoccuparsi se vi è oppur no difetto d'impronta (2).

1628. Dopo quello, che abbiamo detto sul senso della parola suggellato, non abbiamo bisogno di aggiungere, che se il testatore si è servito di un suggello, sarà indifferente, che questo sia il suo proprio suggello o il suggello di un terzo. Anche nel dritto romano si decideva allo stesso modo: i testimoni, che apponevano il loro suggello sul testamento solenne, potevano servirsi dello stesso anello (3); nè in dottrina (4) nè in giurisprudenza (5) hanno tentato di contradire questo punto.

Furgole (6), che ha trattato con molto dettaglio tutte queste materie, pensa, che quando l'atto di soprascrizione non è redatto su di un invoglio, ma sul medesimo foglio, ove il testamento è stato scritto, di modochè non vi sia da temere veruna sostituzione, il testamento non sarebbe meno buono, sebbene non fosse nè chiuso nè suggellato. « Dapoichè, egli disse, il segreto non è dell'essenza del testamento, e poco importa, che se ne possa operar no faro la lettura ».

Ma questa opinione, che il suo autore fonda soltanto sulla legge: *Hac consultissima* (7) non è sostenibile (8) in presenza del testo dell'ordinanza del 1735 e del codice Napoleone, che come qui sopra (9) abbiamo veduto, esigono un raddoppiamento di precauzioni per preservare il testamento da una forzata apertura. D'altronde Furgole si pone su di un terreno, che non è il vero, perciocchè la legge non teme soltanto la sostituzione di uno all'altro testamento, ma ancora tutt'i cambiamenti o le alterazioni, che una mano straniera potrebbe facilmente farvi, se non fosse chiuso e suggellato. La scrittura interna non essendo rivestita di verun formalità, e potendo pure non essere vergata di mano del testatore, è l'atto di soprascrizione, che gli serve di garentia. Per lo che importa molto, che dopo l'adempimento di questa formalità non possa ricevere verun cambiamento.

Del resto quello, che Furgole dice, non essere il segreto dell'essenza del testamento mistico, è esattissimo in questo senso, che il testatore presentandolo alla soprascrizione, potrà dichiarare o dire ad alta voce le disposizioni, che contiene; la legge non glielo vieta,

(1) Un arresto della Corte di Colmar de' 20 di gennaio 1824 (Dalloz, *op. cit.* t. VI, p. 20) ha giudicato lo stesso in una specie analoga. Si pretendeva, che malgrado i tre suggelli con impronta, che suggellavano l'involto del testamento mistico, era possibile con qualche destrezza di spianare uno degli angoli non suggellati dell'involto, di ritirare la disposizione del testatore, e di sostituirne un'altra. Il Tribunale di Altkires avev'ammesso, esservi una chiusura imperfetta e lenta, sebbene suggellata, che doveva annullare il testamento, ma sull'appello la Corte di Colmar dichiarò tra le altre cose, che nel fatto la sottrazione del testamento poteva lasciare delle tracce, soprattutto a causa della spessezza della carta bollata, e convalidò il testamento (V. *Infra*, n. 1635).

(2) V. su questa quistione l'opinione conforme di Malleville *Analisi ragionata del Cod. Nap.*, t. II, p. 450). Grenier 1ª e 2ª ediz. *Delle donaz.* n. 261. Vazeille, o. 4, sull'art. 976. Coin-Delisle, o. 28 sull'art. 976. V. *contra*, Delvincourt, nota 3 sulla p. 85. Favard de Langlada, Report., v° *Testamento*, sez. 1, § 4, n. 4. Merlin, Repert., v° *Testamento*, 17, sez. 2, § 3, art. 3, n. 14, 3. Toullier, t. 5, n. 463. Duranton, t. IX, o. 124, Poujol, o. 5, sull'art. 976. Marcadé, t. IV, n. 43. Grenier, 3ª ediz. *Delle donaz.*, n. 261 *bis*. Bayle Monillard *su Grenier*, n. 261 *bis*.

(3) L. 22, § 2, D., *Qui testam. facere possunt*, Inst., t. *De testam. ordin.*, § 5.

(4) Merlin, *loc. cit.*, o 14, 6° p.734. Favard de Langlada, Repert., v° *Testamento*, sez. 4, n. 4. Duranton, t. IX, o. 129. Coin-Delisle, n. 29 sull'art. 976.

(5) Cassaz., rig., 8 febb. 1820 (Devill., 20, 1, 191). Bruxelles, 16 febbraio 1822 (Dalloz, *J. G.*, t. VI, p. 17). Colmar 20 gennaio 1824 (Dalloz, *J. G.*, t. VI, p. 19).

(6) Furgole, *loc. cit.* cap. 2, sez. 3, n. 23.

(7) L. 21, C., *De testam.*

(8) Grenier, *loc. cit.*, n. 262. Merlin, Repert., v° *Testam.*, t. XVII, *loc. cit.*, p. 727. Toullier, t. V, o. 469. Duranton, t. IX, n. 124. Dalloz, *J. G.* t. VI, n. 3, p. 13 Coin-Delisle, n. 30, sull'art. 976, p. 399.

(9) N. 1621.

questo segreto essendo stato introdotto in suo favore (1). Ma appenachè il testamento è stato chiuso nel suo invoglio e sotto i suoi suggelli, non è più permesso di ritirarnelo, dovendo restarvi, sottratto da tutt'i sguardi.

1630. Quando l'invoglio ed il suggello sono imperfetti, e che una sostituzione o un'alterazione del testamento è stata possibile, non si è più obbligato di riconoscere per le vere disposizioni del defunto la carta, che si trova sotto questo invoglio irregolare; in una parola non vi è più testamento (2).

Ed in effetti si può avere sostituito una carta ad un'altra; un falsario, abusando di un segno in bianco, può avere messo uno scritto foggiato in luogo della vera volontà del testatore; può anche avere fatto delle addizioni, de' cambiamenti, nèvi è più certezza, che l'atto presentato contenga il *supremum defuncti judicium* (3).

Ma se, come qui sopra abbiamo detto (4), l'involto e la chiusura, sebbene imperfetti, fossero nonpertanto tali da non potersi altrimenti ritirare il testamento, che alterando i suggelli e la carta, invano il testamento sarebbe arguito di nullità (5).

1631. Quando il testamento è chiuso e suggellato, il testatore lo presenta al notaio ed ai testimoni, e se non ancora lo è, lo chiude e lo suggella nella loro presenza. Allora deve loro dichiarare, che il contenuto della carta presentato è il suo testamento scritto e sottoscritto da lui, o scritto da un altro e da lui sottoscritto, o scritto parte da lui e parte da un altro (6) o scritto da un altro, e da lui non sottoscritto per non averlo potuto o saputo secondo le circostanze. Queste prescrizioni sono importantissime, perchè esse assicurano l'identità dello scritto, che contiene le supreme disposizioni (7). Epperò se avendo dichiarato il testatore di avere scritto egli stesso il suo testamento, si trovasse sotto suggello dopo della sua morte un testamento scritto di mano straniera, la giustizia sarebbe forzata di riconoscere, ch'egli si è ingannato, e che il testamento prodotto non è quello, che ha avuto intenzione di presentare.

Nulladimeno non bisognerebbe estendere questa proposizione disattentamente. Supponiamo, che il testatore abbia dichiarato di avere fatto scrivere il suo testamento da un altro, e che nonpertanto vi si trovano de'versi scritti di sua mano; in generale ed in mancanza di presunzioni contrarie è probabile, che la sua dichiarazione è stata incompleta piuttosto, ch'erronea, e non se ne deve fare un argomento contra la validità del testamento (8). È vero che una scrupolosa esattezza faceva una legge pel testatore di dichiarare, esservi un miscuglio di scrittura; ma non è vietato al magistrato di tener conto di un involontario oblio, soprattutto quando l'essenza del testamento non n'è alterata.

Del resto si consulteranno le circostanze, le quali hanno qui una grande autorità. Si farà una gran differenza tra il caso, in cui il testatore avrà aggiunto qualche cosa alla scrittura altrui, e quello, in cui una mano straniera aggiunge qualche cosa alla scrittura del testatore. Questo secondo caso richiede molta minore indulgenza del primo (9), e soprattutto si dovrebb'essere circospetto e diffidente, se si rimarcasse qualche imperfezione nella chiusura dell'invoglio.

1632. I testimoni, a' quali il testamento è presentato, ed innanzi a' quali ha luogo la dichiarazione del testatore, debbono essere non più quattro, come nel testamento per atto pubblico, ma in numero di sei, e riunire le qualità volute dalla legge sul notariato (10), nonchè dall'art. 980 del codice Napoleone.

Eglino dovranno tutti sapere sottoscrivere, perchè l'eccezione fatta dall'art. 974 (11) pel caso, in cui il testamento è fatto nella compagna è applicabile soltanto a' testamenti nuncupativi scritti. L'ordine degli articoli del codice prova assai, che quest'articolo non è stato fatto pe'testamenti mistici. Per lo che il sig. Malleville, che ha sostenuto l'opinione contraria (12), è stato combattuto da tutti gli autori senza eccezione (13). La giurisprudenza del pari non esita su questo punto (14). Nondimeno è difficile

(1) Merlin, *loc. cit.*, n. 9, p. 714. Delvincourt, nota 2, sulla p. 306. Toullier, t. V, n. 470. Vazeille, n. 8, sull' art. 976.

(2) Furgole, *loc. cit.* n. 22.

(3) Merlin, *loc. cit.*

(4) N. 1627.

(5) V. *Sopra* l'arresto del parlamento, del 12 febbraio 1779, citato nel n. 1627.

(6) Corte di Lione, 26 gennaro 1822 (Dalloz, *J. G.*, t. VI, p. 12).

(7) « ..... *Ita ut interiori scripturae fidem servat « exterior scriptura, ut eleganter ait Paulus.* » (L. 5, *Sentent.*, *Ad leg.*, C., *Testam*, tit. 25, § 6.) Cuiacio, Ad. tit *De testam.*, al Codice.

(8) Tolosa, 2 agosto 1810, Cassaz., rigetto, sez. civ. 12 maggio 1812 (Merlin, Repert., v° *Testamento*, t. XVII, sez. 2, § 3, art. 3, n. 28, p. 742.)

(9) Arresto della corte di Lione del 26 gennaro 1822, che pronunzia la nullità di un testamento, che il testatore nell'atto di soprascrizione aveva dichiarato di avere scritto di sua mano, o di cui una parte fu riconosciuto, essere stato scritto da una mano straniera. (Dalloz, *J. G.*, t. VI, p. 12, e Merlin, Repert., v° *Testamento*, t. XVII, *loc. cit.*, p. 742).

(10) 25 vent. anno XI.

(11) V. *sopra*, n. 1593.

(12) Malleville *analisi ragionata del* C. Napoleone sull'art. 976.

(13) Grenier *loc. cit.*, n. 274. Merlin, Repert., v° *Testimone instrumentario*, § 2, n. 3, 23°. Favard, Repert., v° *Testamento*, sez. 1, § 4, n. 10, Delvincourt, nota 9, sulla p. 85. Toullier t. V, n. 483. Duranton, t. IX, n. 144. Poujol, n. 9, sull'art. 976. Vazeille, n. 20, sull'art 976. Coin-Delisle n. 39, sull'art. 980. Marcadé t. IV, n. 51.

(14) Liège, 29 maggio 1806 (Devill., 2, 2, 149). Liège, 29 maggio 1808 (Devill., 2, 2, 395), Bordeaux, 12 aprile 1808 (Devill., 2, 2, 377). Cassaz., rigetto, 20 luglio 1809 (Devill., 3, 1, 87). Pau, 19 dicembre 1829 (Devill., 9, 2, 363).

Digitized by Google

a primo colpo d'occhio di scorgere una ragione della differenza, che qui stabiliscono i testi tra il testamento per atto pubblico ed il testamento mistico. Nel testamento mistico basta ai testimoni di avere degli occhi e delle orecchie per attestare, che un tal uomo ha consegnato una tal carta, e che ha detto essere il suo testamento. Al contrario nel testamento nuncupativo occorrono molti lumi per distinguere la natura delle disposizioni del testatore, la quantità, di cui dispone, le persone, che gratifica, per paragonare col pensiero ciocchè è stato scritto con quello, ch'è stato dettato. Perchè la metà de'testimoni, che sanno sottoscrivere, è sufficiente nel testamento per atto pubblico? Perchè non lo è nel testamento mistico, le cui operazioni sono meno complicate pel testimone?

Ma bisogna rispondere, che il motivo, che ha fatto richiedere nei testamenti mistici un numero di testimoni maggiore di quello del testamento per atto pubblico, ci conduce logicamente ad essere più esigente nel primo che nel secondo per rispetto alle condizioni, che queste due specie di testamenti debbono adempiere. Nel testamento per atto pubblico la dettatura solenne è un'alta garentia dell'spontaneità della volontà del testatore, e la presenza del notajo, che sente questa dettatura, circondato dai testimoni, e che attesta con l'autorità, che gli appartiene, ciocchè è stato dettato, è pel legislatore una ragione di confidenza, che gli ha permesso di diminuire il numero dei testimoni e di fare a meno della sottoscrizione di qualcuno di loro. Ma il testamento mistico, le cui disposizioni sono segrete, va a cercare tutta la sua forza probante nell'atto di soprascrizione e nei fatti, che questo constata. Ora per prevenire le frodi possibili in simili casi, la legge ha dovuto volere, che la certezza, che manca al testamento mistico sotto il rapporto della dettatura, venisse rimpiazzata dalle attestazioni di un maggior numero di testimoni, potendo tutti certificare con la loro sottoscrizione di avere veduto ed inteso (1).

1633. L'ordinanza del 1735 vietava agli eredi istituiti o sostituiti di essere testimoni negli atti di soprascrizione dei testamenti mistici, e lo permetteva ai legatari. Il che era conforme alle disposizioni del dritto romano, che abbiamo riferito (2). Ma oggi questa distinzione non ha più luogo, perchè nella nostra legislazione non vi è nessuna differenza nei legati relativamente alla loro denominazione (3). Gli eredi ed i legatarii possono dunque essere testimoni negli atti di soprascrizione dei testamenti mistici. L'articolo 975 non è applicabile, che ai testamenti nuncupativi, molto differenti dai testamenti mistici, dapoichè il contenuto di questi è ignoto ai testimoni, mentre il contenuto di quelli deve loro essere noto (4). D'altronde come si potrebbe stabilire una incapacità legale su di un fatto legalmente ignorato? Ora i legatari sono ignoti o legalmente riputati tali; quindi non si può escluderli (5).

1634. Vi è dippiù; quando anche il testimone avesse sottoscritto l'atto interiore, che lo gratifica non vi sarebbe per questo nullità. Ed in effetti verun testo della legge contiene proibizione a tal riguardo; e siccome la persona, che ha scritto l'atto interno, ignora, se il testamento presentato è o non è quello, cui ha prestato il suo ministero, non vi è in essa veruna incapacità legale. Essa concorre soltanto a delle contestazioni disinteressate senza alcuna conscienza dei vantaggi, che può per essa contenere lo scritto interno (6).

1635. Abbiamo veduto sotto l'articolo 975 quali sono le incapacità relativamente al testatore ed al notajo nel testamento per atto pubblico. Le soluzioni, che su questo punto abbiamo dato, sia circa ai parenti o agli affini del testatore (7) e del notaio (8), sia circa i domestici del testatore (9), si applicano similmente al caso, in cui si tratta dell'atto di soprascrizione di un testamento mistico. Nulladimeno l'incapacità pronunziata contra gli niutanti dei notai strumentari dall'art. 975, incapacità, che noi abbiamo estesa ai suoi domestici nei testamenti per atto pubblico (10), non ci sembra di dover essere applicata alla materia del testamento mistico. Nei testi, che regolano questa specie di testamento, il codice si è astenuto di pronunziare veruna proibizione a tal riguardo. Da un altro lato si sa, che la legge di ventoso non può essere qui invocata, dapoichè il codice ha stabilito delle regole speciali negli articoli 975 e 980 sulla capacità dei testimoni testamentari (11). Eppertò sotto pretesto di voler dare maggiore garentia all'a sincerità del testamento non si deve mostrarsi più severo del codice (12). Del resto precisamente su questo punto relativo agli aiutanti dei notai, testimoni nei testamenti mistici, il signor Jaubert nel suo rapporto al tribunato aveva enunciata l'intenzione del codice di derogare

(1) Parigi, 19 dicembre 1829 (Devill., 9, 2, 363).
(2) V. *Sopra*, n. 1598.
(3) Grenier, *loc. cit.*, n. 268.
(4) Merlin, Repert., v° *Legatario*, n. 268.
(5) Marcadé, t. IV, n. 49 *in fine*.
(6) Merlin, Repert., v° *Testam.*, t. XVII, sez. 2, § 3, art. 8, n. 20. Delvincourt, nota 7, sulla p. 85. Toullier, t. V, n. 467. Coin-Delisle, n. 40, sull'art. 980. Marcadé, t. IV, nota sul n. 49 dell'art. 976. V. in *contrario* Grenier, *loc. cit.*, n. 268. Favard, Repert., v° *Testamento*, sez. 1, § 4, n. 5.
(7) N. 1603.
(8) N. 1605.
(9) N. 1604.
(10) N. 1606.
(11) N. 1603.
(12) Merlin, Repert., v° *Testam.*, sez. 2, § 3, art. 2, n. 8.

alla legge di ventoso (1) .. » Il progetto dice « ancora, che gli aiutanti dei ootai, dai quali « saranno ricevuti i testamenti pubblioi, non » potranno essere presi per testimoni. Questo « progetto non ripete quest'altra esclusione « pel testamento mistico. La legge sul notariato « esclude assolutamente gli aiutanti dei notai, « ma questa legge generale non può essere « invocata nella materia dei testamenti ecc. ».

1636. Abbiamo detto (2), che colui, che non comprende la lingua del testatore non può essere testimone in un testamento per atto pubblico; è lo stesso nel testamento mistico. Il dritto romano non l'esigeva: « *Non tamen intelligentiam sermonis exigimus* (3) »; bastava, che si potesse fare comprendera chiaramente ai testimoni con un mezzo qualunque(4) le operazioni, la cui autenticità erano chiamati ad assicurare nell'atto di soprascriziane La semplicità dell'operazione, che la presenza dei testimoni deve constatare nel testamento mistico, dà luogo a supporre, che sarà sempre facile di farlo comprendere al testimonio (5).

1637. Arriviamo adesso all'atto di soprascrizione. « Il notaro ne redigerà l'atto di soprascrizione » dice l'art. 976. Si è discusso per sapere, se questa espressione « redigerà » importa necessariamente pel notaio l'obbligazione di scrivere egli stesso l'atto, di cui si tratta. Ma d'onde può nascere il dubbio, quando sopratutto questa stessa parola adoprata nell'articolo 9 dell'ordinanza del 1735 vi era intesa come sinonimo di scrivere? (6) Si sa pure, che una dichiarazione dei 6 di marzo 1751 (7) ebbe cura di fissare il senso di questa parola, e terminò di fare passare nel linguaggio della pratica questa significazione della parola « redigere », che qualche notaio dei paesi di dritto scritto tuttavia contraddiva per effetto di vecchie pratiche rilasciate, che si poggiavano sul dritto romano (8). Da un altro lato l'articolo 979 così si esprime: « Dopo di che, il notaio scriverà l'atto di soprascrizione. »

È vero, che si obietta, che quest'ultimo articolo si occupa soltanto del caso particolare, nel quale si tratta del testamento mistico fatto da un muto, da che si conchiude, che in questo caso solamente il notajo è tenuto di scrivere. Ma quale sarebbe la ragione di una tale differenza? Come giustificarla? Quale rapporto da stabilire tra l'obbligazione di scrivere, imposta al notajo, oon l'impotenza di parlare, in cui il muto si trova (9)?

1638. Abbiamo spiegato più sopra(10), che nulla vieta, che un testimone dell'atto di soprascrizione abbia scritto l'atto interno che lo gratifica.

È lo stesso del notaio, che quando redige l'atto di soprascriziane, ignora, se l'atto interno presentato dal testatare è lo stesso di quello, che ha scritto in un altro momento.

In quanto alla circostanza, che il notaio ha scritto egli stesso l'atto, per lo quale riceve un legato, non si potrebbe argomentare contra il notaio, che in quanto avesse scritto l'atto come notaio (11). Ma è chiaro, ch'egli non ha prestata la sua penna, che a titolo di persona privata, e che la proibizione della legge di ventoso non lo colpisce. Atteanchè, dice un arresto della Corte di Nimes de' 21 di febbraio 1820 (12), la soprascrizione è un atto distinto e separato dal testamento, che non ha altra efficacia oltre l'imprimera ad una disposizione di ultima volontà l'autenticità sufficiente per la sua esecuzione, costatando la sua identità con la carta esibita dal testatore; che quest'atto non è del numero di quelli, che fanno l'abjetto dell'art. 8 della legge dei 25 ventoso anno XI, poichè Benoit non vi è parte interessata, e che l'atto non racchiude veruna disposizione a suo favore; che la disposizioni penali non debbono essere applicate, se non a'casi, che sono specialmente preveduti dalla legge; che il Codice napoleone non produce la pena di nullità contra un atto di soprascrizione apposta ad un testamento mistico, e ricevuto da un notaio, in favore del quale il testamento contiene una liberalità (13).

Nondimeno il sig Grenier critica questa decisione(14). Secondo lui nel caso di cui si tratta, il notaro dev'essere assimilato ad un notaro, che riceve un testamento per atto pubblico. Egli stesso fa il testamento, egli n'è il ministro, egli gli dà l'essenza. Egli è necessariamente sospetto. Par lo che non può essere ammesso a fare un testamento a sè stesso.

(1) Locré, t, XI, p. 466 o 467.
(2) N. 1526.
(3) Ulpiano. l. 20, § 9, D, *Qui test facere poss.*
(4) *Si vel sensu percipiat*, legge precitata.
(5) Furgole, *Testam*, t. 1, cap. 3, sez. 1. a. 8, Ricard, *Donaz.*, p. 1, n. 1606. Doneau, *Comm.*, lib. 6, cap. 10, n. 9, *Contra*, Coin Delisle, n. 23, sull'art. 980; e Marcadé, t. IV, o 59.
(6) Furgole. cap. 2, sez. 3. n. 79.
(7) Merlin, Repert., v° *Testamento* sez. 2, § 2, art. 4, a. 1.
(8) Merlin, *ibid.*
(9) V. in questo senso Merlin, Quist. di dritto, v° *Testamento*. § 5, e Repert., v° *Testamento*, sez. 2, § 2, art 4, n. 1. Delvincourt, nota 8 sulla pag. 83. Grenier, *loc. cit.*, o. 271. Favard, Repert., v° *Testamento*, sez. 1, § 4, n. 7. Toullier, t. V, a. 481. Dalloz, *Giur. gen.*, t. VI, cap. 6, sez. 5, art. 3, n. 2. Poujol, e. 12, sull'art. 976 Marcadé t. IV, a. 46. *Contra*, Malleville, *Analisi ragionata* sull'art. 976. Duranton, t. IX, n. 127. Vazeille, a. 17, sull'art. 976. In Sardegna, ai termini delle lettere pateoti del Re Carlo Alberto dei 10 ottobre 1840, l'atto di soprascrizione di un testamento può non essere scritto di mano del ootaro. V. *infra* e. 1775.
(10) *Sopra* n. 1631.
(11) Art. 8 della legge de' 25 ventoso anno XI.
(12) Devill., 6, 2, 208.
(13) *Aggiungi* Merlin, Repert., v° *Testamento* t. XVII, p. 739, sez 2, § 3, art 3, n 10.
(14) Grenier, o. 269 *bis*. V. ancora Bayle-Mouillard su *Grenier*, nota del n. 269 *bis*.

Digitized by Google

A questa obiezione del sig. Grenier è facile di rispondere, che il notaro nel momento della sottoscrizione dell'atto non sarà mai sicuro, che la carta chiusa e suggellata, della quale va a rimanere depositario, sia necessariamente quella, ch'egli stesso ha scritto. Il testatore può avere sostituito un testamento scritto ad un altro; nulla è certo a tale riguardo; il notaio non può avere, che dubbi, o la sua posizione non è qui la stessa di quella, che sarebbe, se si trattasse di un testamento pubblico. L'assimilazione sulla quale si fa fondamento per fare pronunziare la nullità del testamento mistico cade per conseguenza (1).

Però sarebbe diversamente, se risultasse dalle circostanze, che il testatore ha dichiarato al notaro ed a' testimoni, che lo scritto, che vuole fare rivestire della forma mistica è della mano del notaio ch'esso gratifica il notaio: qui si applica in tutta la sua forza la regola di dritto a di ragione: « *Nemo potest esse auctor in rem suam* ». Il notaro manca a'suoi doveri, quando presta il suo ministero per dare l'ultimo suggello ad una disposiziona, nella quale non è disinteressato. Nulla sarebbe più pericoloso per la libertà dei testatori e la sincerità delle loro disposizioni di questa parte del notaro, che dominerebbe il disponente in tutte le fasi dell'atto, e sarebbe l'agente riconosciuto pubblico di tutto ciò, che si è fatto nel suo interesse (2).

1639. Il notaro dovrà scrivere l'atto di soprascrizione sulla medesima carta, sulla quale il testamento è stato redatto, o sul foglio, che gli serve d'inviluppo. Questa soprascrizione del notaio non potrà essere rimpiazzata da un processo verbale di presentazione (3).

1640. L'atto di soprascrizione è un processo verbale, che dev'enunciare con cura le formalità prescritte dalla legge. Epperò dovrà constatare sia espressamente sia per equipollenti come or ora vedremo (4), la presentazione della carta fatta dal testatore al notaro ed ai testimoni, lo stato, nel quale questa carta è stata presentata, vale a dire, se era chiusa e suggellata ovvero se è stata chiusa e suggellato in presenza del notaro e de' testimoni, ed infine la dichiarazione del testatore, che questa carta contiene le sue ultime volontà, e ch'è scritta a non scritta da lui.

Quest'obbligazione della menzione di queste formalità risulta da un lato dallo spirito della legge, poichè non si comprenderebbe in che consisterebbe l'atto di soprascrizione senza queste diverse menzioni, e da un'altra parte risulta dallo stesso testo della legge. Ed in effetti dopo di avere enunciate le formalità relativo alla presentazione ed alla dichiarazione, l'art. 976 aggiunge: « il notaio ne redigerà l'atto di soprascrizione. »

Nonpertanto si è tentato di dare un altro senso alla particella NE (5), ed in luogo di farla riferire alle prescrizioni relative alla presentazione od alla dichiarazione, si applica soltanto alla parola «testamento» messo nel cominciamento dell'art. 976, due frasi al di sopra del membro della frase, della quale si tratta, senza valere, che questa particella si riporti alle formalità, delle quali si è immediatamente parlato. Risulterebbe da questa interpretazione, che la legge limitandosi a raccomandare al notaro di redigere l'atto di soprascrizione del testamento senza indicare quello, ch'egli deve menzionare, questa pubblico ufficiale potrebbe a suo grado constatare od omettere tutte a parte delle formalità adempite, il che giusta le espressioni di Bayle-Mouillard (6) ridurrebbe l'atto di soprascrizione ad un semplice cartellina sottoscritto. Tutto questo è troppo poco serio per avere bisogno di una più ampia confutazione (7).

1641. Nulladimeno la giurisprudenza è troppa ragionevole per esigere, che le menzioni, che deve contenere l'atto di soprascrizione, siano espresse in termini sacramentali. Esse possono risultare da equipollenti derivanti contemporaneamente dalle enunciazioni dell'atto e dallo stato materiale del testamento. Il che la giurisprudenza ha mille volte deciso.

Così è fuori di dubbio, che l'espressione *rimesso* equivale a quello di presentazione (8); che la presentazione al notaro in presenza dei testimoni sarà considerata come sinonimo della presentazione al notaro ed a' testimoni (9). Del

(1) Toullier t. V, n. 467. Merlin, *loc. cit.* Delvincourt, nota 7, sulla pag. 83. Duranton, t. IX, n. 12. Coin-Delisle, n. 32, sull'art. 976.

(2) Vazeille, n. 15, sull'art. 976. Fovard, Repert., v° *Testam.*, sez. 1, § 4. n. 5. Dalloz, t. VI, cap. 6, sez. 5, art. 5, n. 3.

(3) Torino, 15 piovoso anno XIII (Devill., 2, 2, 26). Bourges, 10 agosto 1813; a Cassaz., rigetto, 6 giugno 1815 (Devill., 5, 1, 59). Nella specie di quest'arresto il testatore aveva presentato al notaio un testamento chiuso e suggellato, sul quale il testatore aveva scritto, esser quello il suo testamento, ed il notaio aveva redatto il processo verbale su di un foglio distinto e separato.

(4) V. *infra*, n. 1641.

(5) Coin-Delisle, n. 46, sull'art. 976.

(6) Bayle-Mouillard *su Grenier*, nota *c*, sul n. 264.

(7) Merlin, Repert., v° *Testamento*, sez. 2, § 3 art. 3, n. 8, p. 692. Grenier, n. 261. Delvincourt, t. II, p. 307 e 308. Toullier, t. V, n. 471, 472. Duranton, t. IX, n. 130. Vazeille, nota 9, sull'art. 976. Marcadé, t. IV, n. 47. Cassaz., rigetto, 7 aprile 1806 (Devill., 2, 1, 232). Cassaz., rig., 8 aprile 1806 (Dalloz, *op. cit.*, t. VI, p. 24). Cassaz., rigetto, 7 agosto, 1810 (Devill., 3, 1, 276). Cassaz., rigetto 11 maggio 1811 (Merlin, *loc. cit.*, n. 12, p. 712). Cassaz., rigetto, sezione civile, 28 dicembre 1812 (Devill., 4, 1, 252). V. *contra* i motivi di un arresto della camera de' ricorsi della corte di cassaz., de' 23 giugno 1824 (Dalloz, t. VI, p. 22).

(8) V. gli arresti di cassaz., cit. nel n. precedente da' 7 aprile 1806 ed 11 maggio 1811. V. in oltre, C. sup. di Bruxelles, 15 giugno 1814 (Dalloz, t. VI, p. 29).

(9) Torino, 5 dicembre 1806 (Devill., 2, 2, 172). Bordeaux, 5 maggio 1828 (Devill., 9, 2, 75). Tolosa 19 giugno 1830 (Devill., 9, 2, 458).

Digitized by Google

pari vi sarà dichiarazione sufficientemente constatata, che il testamento è stato scritto da mano straniera, quando l'atto di soprascrizione porterà, che il testatore ha dichiarato di averlo dettato ad un terzo (1), ecc.

1642. Del resto la quistione degli equipollenti, ch'è sempre una quistione di fatto, è per questo stesso un campo di battaglia per l'interpretazione, ed ordinariamente vi si trovano in presenza i due sistemi, che in ogni tempo hanno divisa la giurisprudenza. l'uno che inclina al rigorismo ed al formalismo, l'altro, che vede le cose con maggiore equità, ed attacca maggiore importanza a quello, ch'è vero, che a quello, ch'è solenne. Ma tanto più bisogna dare la preferenza al secondo, quanto chè il testo dell'art. 976, mentr'esige, che il notaro rediga l'atto di soprascrizione, non si serve di espressioni così imperative e così rigorose come quelle, che adopra l'art 972 per astringere il notaro ad esporre passo a passo tutti gli incidenti del testamento per atto pubblico.

Del resto vediamo lo stato della giurisprudenza.

Un testamento era stato presentato al notaro, che aveva constatato in questi termini le formalità della soprascrizione: « Il testatore ci » ha dichiarato, che nel presente scritto chiuso « è contenuto la sua ultima e più cara volontà: che in conseguenza mi richiedeva, me « notaro in presenza de' testimoni di prenderlo « in deposito sotto la mia custodia. »

Essendosi elevata la quistione, se da questi termini risultava, che il testamento fosse stato realmente presentato al testatore, la Corte di Colmar con arresto de' 10 di luglio 1814 ha deciso, che quest'atto di sopra crizione era sufficiente e completo, ed il ricorso prodotto contro di questa decisione è stato rigettato con arresto della Camera de' ricorsi della Corte di cassazione de' 22 di maggio 1817 (2).

Quindi la critica si è esercitata; (3) si sono moltiplicati i dubbi, si è adoprato l'ingegno per creare delle supposizioni. Si sono fatti degli sforzi infiniti per porre a canto dell'evidenza delle congetture tali da rovesciarla. Si è detto: un tal atto non cos'ata chi ha presentato il testamento al notaro. È stato forse il testatore? Non se ne dice nulla. È stato il notaro, che l'ha preso da sulla tavola o altrove? Ma egli ha potuto ingannarsi, ed il testatore nel vedere la cosa da lontano, ha potuto ingannarsi del par. È stata una persona straniera quella, che ha depositato animamente il testamento tra le mani del notaro? Ma chi assicura, ch'essa non abbia rimesso all'uffiziale pubblico un atto falso, e serbato il vero? Evvi dunque incertezza su tutt' i punti, e secondo la legge la certezza dev' essere impressa in tutte le parti del testamento.

Si senza dubbio, noi rispondiamo, la certezza deve risultare dall'atto di soprascrizione. Ma per tutte le acenti neanche della sottigliezza è chiarissima qui; nè per oscurarla bisogna abbandonarsi a ciò, che il giureconsulto romano chiamo così bene « *nimiam et miseram diligentiam.* »

1643. Ecco un'altra quistione, che tocca a questa materia degli equipollenti. Trattasi della menzione relativa al suggello ed alla chiusura.

L'atto di soprascrizione della Signora Ichoa era così conceputo. « La quale signora Ichoa « ha presentato al notaro ed a' testimoni, ed « in seguito dato al notaro la presente carta « chiusa, ch'ella ha dichiarato ai detti notaro e testimoni di contenere le sue disposi- « zioni »

Alla morte della signora Ichoa il processo verbale di apertura del testamento constatò in questi termini lo stato, nel quale si trovava: « Una carta suggellata con due suggelli su » cera ardente rossa, legata con fettuccia » bianca »

In questo stato di cose si è preteso innanzi la Corte di Bordeaux, essere nullo il testamento, perchè l'atto di soprascrizione faceva menzione soltanto della chiusura senza parlare del suggello.

Ma si rispondeva, esservi là un fatto apparente, che non aveva bisogno di essere constatato. L'ommessione del notaio non avera potuto avere per effetto di distruggere quello, che colpiva gli occhi di tutti. Questo fu l'avviso della Corte di Bordeaux (4), la quale dopo di essersi fatt'esibire il testamento. decise con arresto dei 21 di Marzo 1822, che risultava dall' ispezione di quest' atto. ch'era chiuso e suggellato nel momento, in cui era stato presentato al notaro ed a' testimoni, e che così il voto della legge era stato adempito. L'affare essendo stato portato innanzi la Corte di cassazione, il ricorso fu rigettato con arresto della Camera de' ricorsi de' 23 di giugno 1824 (5).

Il sig. Merlin (6) ha presentato delle critiche speciose su quest' arresto di Bordeaux « Bisogna, egli dice, che si sappia quando il te- » stamento è stato suggellato. È suggellato in « tempo della presentazione? Nulla lo dice. Al- » meno è stato presentato dopo della presenta- » zione ed in presenza de' testimoni? L'atto » neanche ne dice nulla. Ed infatti importa « poco, che la Corte di Bordeaux abbia trovato « il testamento suggellato nel tempo dell'uper-

(1) Torino, 5 dicembre 1806 (Devill., 2, 2, 178).
(2) Merlin, Repert., v° *Testamento*, t. XVII, sez. 2, § 3, art. 3, n. 13.
(3) Merlin, *loc. cit.*

(4) Merlin, Repert, v° *Testamento*, t. XVII, p. 731, sez. 5, § 3, art. 3, n. 14, 4°.
(5) Dalloz, t. VI, p. 22.
(6) Merlin, *loc. cit.*

Digitized by Google

« tura. Sarà sempre dubbio quando il suggel- « lamento è stato fatto. Al che si può aggiun- « gere, che nel sistema dell' arresto il notaio « avrebbe potuto anche dispensarsi di menzio- « nare, che il testamento era chiuso; poichè lo « chiusura essendo un fatto, che come il sug- « gello può verificarsi con l' ispezione, sarebbe « del pari inutile di menzionarla. »

Malgrado queste ragioni se io fossi stato nel numero de' giudici, avrei probabilmente adottato la decisione della Corte di Bordeaux, ed approvo molto la camera de' ricorsi di avere rigettato il ricorso. Ed in effetti mi sembra, che la constatazione positiva della chiusura nel momento della presentazione ravvicinata all'esistenza de' suggelli, era sufficiente per stabilire almeno per equipollenti, che la chiusura risultava per tutti dall' apposizione di questi stessi suggelli. Dall'altronde bisogna considerare (e la Corte di cassazione ne ha fatto lo giudiziosa osservazione), che l' art. 976 non impone al notaio a pena di nullità le menzioni espresse, che sono ad esso richieste nell' articolo 972; che per conseguenza si può ammettere qui una certa latitudine, purchè dal ravvicinamento di circostanze segnalate e di fatti materiali, risulta, che il processo verbale di soprascrizione contiene tutto ciò, che è essenziale per la validità dell' atto.

1644. Noi ne diremmo altrettanto, se il notaio si fosse limitato a constatare, che il testamento era suggellato senza aggiungere, che era chiuso. Il che la corte di Colmar ha deciso con arresto dei 20 di gennaio 1824 (1) per la buonissima ragione, che combinando le diverse parti dell' atto di soprascrizione, di cui si trattava, e le circostanze relative, era evidente esservi state chiusura e suggellazione.

1645. Se nell' atto di soprascrizione vi sono delle circostanze, che debbono essere necessariamente constatate, almeno per equipollenza, ve ne sono delle altre, lo cui menzione è indifferente, perchè non hanno veruno carattere essenziale. Per esempio non è necessario, che sia detto, che l' atto di soprascrizione è stato scritto sul foglio del testamento o sulla sua coperta (2). La corte di Bruxelles (3) ha pure deciso, che la falsa enunciazione di questo circostanza, fatta dal notaro, non può viziare il testamento; ed in effetti non potrebb' essere diversamente, poichè la menzione non è necessaria (4). Non è richiesto neppure, che sia fatta menzione, che l' atto di soprascrizione è stato scritto di mano dello stesso notaro (5), purchè del resto risulti dallo stato materiale, che il notaio egli stesso ha scritto l' atto.

1646 Quando il processo verbale è così redatto e perfetto, deve essere sottoscritto così dal testatore che dal notaio insieme ai testimoni. Bisogna applicare a questa formalità tutto quello, che più sopra abbiamo detto sulle sottoscrizioni (6).

Il notaio deve fare menzione nell' atto di soprascrizione della sottoscrizione del testatore e dei testimoni. Questa è una formalità sostanziale in tutti gli atti pubblici (7), nè occorre neppure di ricorrere alla legge sul notariato per ritenerne l' osservanza come necessaria nell' atto di soprascrizione. Basta di circoscriversi nel testo dell' articolo 976, il quale dopo di avere ordinata la sottoscrizione del testatore del notaro e de' testimoni, dice, che questo e tutto quello che precede deve essere fatto *uno contextu*. Da che siegue ben evidentemente, che bisogna, che sia constatato, che la sottoscrizione del testatore e de' testimoni ha avuto luogo nel momento dell' atto e non dopo. Se il nota o non constatasse, che le sottoscrizioni sono state apposte, come si saprebbe, che tutte le formalità dell' atto di soprascrizione sono state adempite di seguito e senza divergere ad altri atti? (8)

1647. Questo serve a decidere la quistione, se l'atto di soprascrizione del testamento mistico è nullo, perchè mentre la legge di ventoso esige, che la menzione delle sottoscrizioni sia messa nella fine dell' atto, tale menzione delle sottoscrizioni è stata messa in un altro sito. La corte di Cassazione con arresto de' 16 di dicembre 1834 (9) ha deciso, che la legge di ventoso non potrebbe regolare questo caso, ed ogni posto è buono per ricevere quest' enunciazione.

Se il testatore, che ha sottoscritto le disposizioni segrete, si trova, per un impedimento posteriormente sopravvenuto, nell' impossibilità di sottoscrivere l'atto di soprascrizione, dovrà essere fatta dal notaio espressa menzione della di lui dichiarazione a tal riguardo. E qui ancora poco importerà il posto, che questa menzione occuperà nell' atto (10). Nè sarà neppure neces-

(1) Dalloz, t. VI, p. 20. Tutt' i motivi di quest' arresto non sono irreprovevoli, ma nel fondo la decisione dev' essere seguita.

(2) Corte di Genova 29 dicembre 1810 (Devill., 3, 2, 382).

(3) Bruxelles, 9 di aprile 1808 (Dalloz, t. VI, p. 34).

(4) Merlin, Reper., v° *Testamento*, t. XVII, sez. 2, § 3, art. 3, n. 17, 2° e 3°.

(5) Grenier, n. 272. Delvincourt, nota 8, sulla p. 85. Merlin, Repert., v *Testamento*, sez 2, § 3, art 4, n. 6. Toullier, t. V, n. 481. Duranton, t. IX, n. 127. Dalloz, cap. 6, sez. 5, art. 5, n. 2. t. VI. Vazeille, n. 19, sull'art. 976. Coin-Delisle, n. 41, sull'art. 975.

(6) N.i 1493 e seguenti 1578, 1579.

(7) V. la legge de' 25 ven. anno XI, art. 14 e 68.

(8) Un arresto della corte di Torino, degli 11 di novembre 1811, (*Palazzo*, 9, 687), argomenta come se la legge di ventoso fosse necessaria per decidere questo punto di dritto. Aggiungi i motivi di un arresto di cassaz. de' 16 febbraio 1844, camera civile. (Devill., 4. 1, 537).

(9) Sirey, 35, 1, 463.

(10) Bordeaux, 20 novembre 1833, (*G. del Palazzo*, 1834, t. 1, p. 521). Cassaz. rig. 3 gennaro 1838 (*G. del Palazzo*, 1838, t. 1, p. 193).

sario di accrescere il numero dei testimoni come nel coso dell' articolo 977.

1648. In quanto alla menzione della sottoscrizione del notoio sull'atto di soprascrizione, essa non è richiesta qui più di quello, che lo sia nel testamento per atto pubblico (1).

1649. Resta da dire una parola della menzione della lettura dell' atto di soprascrizione; questa menzione non è richiesta dal nostro articolo, e se il notaio omettesse di farla, incorrerebbe solo in un ammenda di 100 franchi secondo l' art. 13 della legge di ventoso (2)

1650. Non abbiamo bisogoo di ripetere, che l' atto dev' essere datato; è questa una formalità sostanziale, la cui omessioue produrrebbe la nullità (3), ed è tauto più necessaria, quantochè l'atto ioterno può mancare di data (4)(a).

1651. Infine la legge vuole, che tutte le operazioni, che costituiscono il testamento mistico, siano fatte di seguito e senza divergere ad altri atti. È questa una condizione, che già abbiamo avuto occasione di toccare, occupandoci dello legge romana (5). la quale esigeva l' unità di azione in tutte le operazioni testamentarie, il cui adempimento doveva aver luogo in un sol tempo e senza intervallo (6). La ordinanza del 1735 fece passare questo disposizione nel numero delle formalità dei testamenti mistici serveodosi delle parole, di poi odottate dal codice Napoleone, « di seguito e senza divergere ad altri atti », che esprimono in una meno voga maniera le idee del legislatore romano.

Ma da questa obbligozione non si deve conchiudere, che se il testatore o uno dei testimoni si trovasse forzato da quolche bisogno fisico, non potrebbe per un istante sortire dalla camero. La legge romena lo permettevo io ona formole maniero (7). Nulladimeno Doneau (8) vuole, ohe non si accordi tale facoltà che in quanto si trotta di una necessità pronta da adempiere. Perocchè se il testatore o uno dei testimoni fosse obbligato di ollontanarsi per un male, la cui guarigione fosse di qualche durato, il testamento sarebbe interrotto.

La legge *Hac consultissima* (9) decide, che non è mancare all'a coolinuità di azione il redigere le sue disposizioni in un tempo e rimettere la soprascrizione ad un'altra epoca. Il che noi abbiamo già detto (10) dapoichè le formalità dello soprascrizione costituiscono veramente il testamento mistico e sino al momento, io cui si cominciano ad adempiere, l' atto non è, che un progetto (11). Del resto l'art. 976 lo fa sufficientemente comprendere (12).

Ma la meozione, che tutte le operazioni coocernenti l' atto di soprascrizione sono state adempite di seguito e senza divergere ad altri atti, è necessaria a pena di nullità? La legge non ha richiesto questa menzione in una maniera speciale, e basta, che l' unità di contesto risulti dall' insieme dei termini dell' atto di soprascrizione (13).

1652. Tali sono le formalità, che la legge esige pel testamento mistico. Queste formalità sono gravi ed importanti; la dichiarazione fatta dal testatore al notaro ed ai testimoni dà a questo testamento il carattere di un atto autentico. Un semplice contratto stipulato innanzi un notaro e due testimoni è un atto autentico; con maggiore ragione deve essere lo stesso del testamento mistico, che esige il concorso di un notaio e di sei testimoni per lo meno. Vanamente si vorrebbe distinguere qui tra lo stesso testamento e l' atto di soprascrizione, e sostenere, che questo ultimo solo è autentico, perciocchè questi due atti ne costituiscono un solo; il testamento è unito in una maniera indissolubile all'atto di soprascrizione, e per questo stesso partecipa dell' autenticità di quest' atto. D'oode deve risultare, non essere questo testamento soggetto a negazione di carattere o di sottoscrizione, che non può essere ottaccato, che per l' inscrizione in falso (14), e che il giudice non può sospenderne l' esecuzione (15).

(1) *Sopra*, n. 1582.

(2) Quest'ammenda è stata ridotta a 20 franchi dell'art. 10 della legge de' 16 di giugno 1824.

(3) Legge del 25 ventoso anno XI.

(a) « Un rescritto de' 16 di febbraio 1828 dichiara, « che per gli atti di soprascrizione de' testamenti mistici « debbono osservarsi le medesime regole, che sono in vi- « gore per la formazione degli atti notariali ». *Il trad.*

(4) *Sopra*, n. 1623.

(5) N. 1507.

(6) « *Una eodemque tempore.* » (Instit., § 3, *De testam. ordin*) « ... *Una eodemque die, nulloque actu* « *extranea interveniente.* » (Tedos. e Valent., legge 21, § 1, *De testam.*) «... *Est autem uno contextu, nul-* « *lum actum alienum intermiscere.* » (Ulpiano, l. 21, § 3, D., *Qui testam facere poss.*) « ..... *In primis* « *requiritur ut unico contextu fiat testamentum, nullo* « *actu extraneo, nullo contractu interveniente. Cum* « *enim testamentum solius testatoris voluntate constet,* « *et ambulatorium ac mutabile sit, contractus vero* « *duorum consensum seu conventionem contineat eam-* « *que unius arbitrio non infirmandam, contradictorium* « *foret irrevocabile negotium revocabili testamento* « *celebrari* » (Voët, *Ad Pand.*, *Qui testam. facere possunt*, n. 4.)

(7) Giustiniano, l. 28, C, *De testam.* V. *sopra*, la nota sotto il n. 1553. V. pure il n. 1617.

(8) *Comm.*, lib. 6, cap. 8, *a.* 6.

(9) Giust., lib. 21, C., *De testam.*

(10) *Sopra* n. 1624.

(11) Furgole. *Testam.*, cap. 2. sez. 3, n. 28.

(12) Grenier, n. 263. Merlin, Repert., v° *Testamento*, sez. 2, § 2, art. 5, p. 621. Duranton, t. IX, n. 129. Coin-Delisle, n. 39, sull'art. 976.

(13) Merlin, *loc. cit.*, art. 7, a. 5, Delvincourt, nota 2, sulla p. 85, Favard, Repert., v° *Testamento* sez. 2, § 4, n. 3. Bayle-Mouillard *su Grenier*, n. 263, nota *a.* Poujol, n. 14, sull'art. 976. Vazeille, n. 21, sull'art. 976. Dalloz, t. VI, p. 36. Coin-Delisle, n. 41 *in fine*, sull'art. 976. *Aggiungi* Cassaz. rig., 8 febbraio 1820 (Devill., 6, 1, 181).

(14) Bruxelles, 23 marzo 1811 (Devill., 3, 2, 458). Metz, 8 marzo 1821 (Devill., 6, 2, 378). Besansone, 22 maggio 1845 (Devill., 46, 2, 46).

(15) Bordeaux, 9 settem. 1829 (*Palazzo*, 22, 1441) *Aggiungi* Merlin, Repert., v° *Testamento*. sez. 2, § 3,

1653. Abbiamo veduto, (1) che un testamento per atto pubblico deve essere rogato io minuta a pena di nullità.

Ma non è lo stesso dell'atto di soprascrizione di un testamento mistico, il quale malgrado la sua importanza non è, che un processo verbale di fatti materiali, e non racchiude, come il testamento per atto pubblico, la disposizione di ciò, che il testatore lascerà alla sua morte.

Sotto l'impero dell' ordinanza del 1735 avveniva frequentissimamente, che il testatore rimaneva depositario sulla sua dimanda del suo testamento mistico, ed è stato giudicato, essere questa pratica nella natura delle cose(2). Nelle nuove leggi non si trova nulla, che le sia contrario. Anzi il testo dell' art. 1007 del codice Napoleone combinato coo l'art. 916 del codice di procedura, mostra chiaramente, che nel pensiero di questi articoli l'atto di soprascrizione è uno di quegli atti semplici, che si possano passare in brevetto. Ed in effetti questi due articoli suppongono, che il testamento mistico può trovarsi altrove, che nelle mani del notaio, che l'ha ricevuto (3); che può essere presentato al Presidente del tribunale da una persona diversa dal notaio; inoltre il notaro, che ha instrumentato,ne è così poco l'obbligato depositario, che il presidente può dopo l'apertura confidarne il deposito a quel notaio, che gli piace di destinare (4). Questi testi sono stati evidentemente formolati sotto la influenza delle pratiche sempre in uso e universalmente attestate.

D' altronde si concepisce, che la scrittura interna, che non è altro, che una scrittura privata, stabilisce uno stretto legame tra il testatore e l'atto, che contiene la sua volontà. Perchè non potrebbe fare soll' atto stesso delle addizioni, delle correzioni, delle modificazioni, mentre è l'opera propria ? Senza dubbio non lo può, quando il testamento è autentico, perchè l'istromento è l'opera del notaio. Ma il testamento mistico ha un diverso carattere, e per non moltiplicare i testamenti (il che è un inconveniente) il disponente può benissimo fare all' atto gli emendamenti, che risultano da un cambiamento di volontà.

Del resto tal è la giurisprudenza (5). Ed è stato pure giudicato, che il testatore, che ha delle giuste ragioni di modificare il suo testamento mistico, ha dritto di farselo dare dal notaro, che ne è depositario (6) ; il che non è altro,che una consegoenza dell'opinione,giusta la quale il processo verbale di soprascrizione può essere fatto in brevetto.

1654. Quando un testamento mistico è nullo nella sua forma solenne, è possibile, che si sostenga come testamento olografo,se lo scritto interno risponde a tutte le condizioni richieste per la validità dei testamenti olografi.

Nulladimeno questo punto è stato un subietto di controversia tra gli autori. Benchè ci sembri semplicissimo e chiarissimo, basta che occupi un posto considerevole nella scienza, perchè crediamo di doverci arrestare un istante.

E dapprima Cujacio (7) ha pensato, che un testamento olografo, nel quale il testatore aveva enunciato, che lo farebbe riconoscere innanzi testimoni, era nullo, se questa formalità non era adempita innanzi il numero dei testimoni richiesti per fare un testamento pubblico. Egli si fonda su di un passo della novella di Valentiniano (8),che contiene ciocchè siegue: « *Si olographa manu testamenta condantur*, « *testes necessarios non putamus; cum tamen* « *testium praesentiam testator elegerit, legitimum numerum semper oportebit adhiberi* ».

Ricard (9) assicura « potersi affermare per « massima generale, che il testamento è perfet- « to nella forma, nella quale il testatore ha co- « minciato a disporre, e che sebbene questo « atto abbia delle solennità sufficienti per va- « lere in un' altra forma permessa dalla legge « o dalla consuetudine, non cesserà di rima- « nere senza effetto, se non è accompagnato « da quelle, che sono richieste per l'adempi- « mento della specie di testamento, nella quale « ha voluto disporre. » Questo giureconsulto si poggia sulla legge ultima del cod ce. *De codicillis*, sulla legge 19 del codice *De fideicommissis* e sul § ult. , delle Instituzioni *De fideicommissaria hereditate*.

« Questa massima, dice Ricard, è fondata su che il defunto, avendo mostrato di volere fare un testamento in una forma più solenne, è presunto di non avere avuto il disegno di confidare la sua volontà ad una forma più comune e meno assicurata, epperò non trovandosi perfetta nella maniera, che egli ha scelta, l'atto, che è stato fatto, non è sufficiente per fare fede delle sue intenzioni. »

Lo stesso autore giustifica il suo sentimento con due arresti del parlamento di Parigi dei 28 di agosto 1775 e del 20 di luglio 1655, l'ul-

art. 3, n. 29. Toullier, t. V, n. 501. Duranton t. IX, n. 145. Dalloz, t. VI, p. 46, Vazeille, n. 23, sull'art. 976. Coin Delisle, n. 6, sull'art. 697.

(1) *Sopra*, n. 1508.

(2) Riom, 1, diecembre 1818 (Devill., 5, 2; 429, *G. di Palazzo* 14, 1096).

(3) Carré e Chauveau, *Leggi della procedura, civ.*, sugli art. 916 e 917.

(4) Jaubert, *Rapporto al Tribunato* (Locré t. 2, p. 472).

(5) Bruxelles, 2 luglio 1825 (Devill., 8, 2, 117).

(6) Parigi 10 giugno 1848 (Devill., 48. 2, 336. *Giornale di Palazzo*, 48, 2168), che conferma una sentenza (causa Casariera) del tribunale della Senna degli 11 dicembre 1847 Devill., 48, 2, 45). V. *contra* una deliberazione della camera de'notari di Parigi de'6 di febb. 1823, riferita da Rolland di Villargues nel suo *Codice del Notariato* p. 458.

(7) *Consult.* 55.

(8) Novel. 2, Cod di Teod. *De testam.*

(9) Ricard, *Donat.*, part. 1, n. 2609 e seg.

timo de'quali giudicò, che un testamento fatto in presenza di sette testimoni fosse dichiarato nullo a causa della mancanza di competenza del notaio nel luogo, ove instrumentava, e che la corte respinse il mezzo ricavato da che in paese di dritto scritto (ed il testamento era stato fatto in paese di dritto scritto) si poteva validamente testare in presenza di sette testimoni senza notaio; il parlamento fu determinato a rigettare questo mezzo, perchè il testatore aveva avuto intenzione di testare innanzi notaro.

Alla quale opinione si può aggiungere, quella di un professore di dritto molto stimato, Serres, che (1) insegna : « che regolarmente « non si può convertire una specie di testa « mento in un' altra, e che ogni testamento « deve essere perfetto nella forma, nella quale « è stata cominciata e fatta. »

Chabrol, comentatore della consuetudine di Auvergne, che gode di una grande riputazione tra i giureconsulti di questo paese, professa la stessa dottrina (2). Il signor Grenier (3), ed il signor Merlin (4) hanno per qualche tempo divisa l' opinione di questi autori.

Altri giureconsulti per lo contrario hanno pensato, che il favore delle ultime disposizioni doveva fare supporre, essere stata intenzione del testatore di testare nella forma realmente da lui osservata. A tal riguardo si fondano sulla l. 12, D., *De rebus dubiis*, e sulla legge 3, D., *De testam. milit.*, che mette in termini formali questa presunzione, dichiara, che il testamento di un soldato, nullo come testamento solenne, vale sempre come testamento militare, malgrado la volontà espressa dal testatore di fare un testamento solenne; dapoichè dice Ulpiano « *nec credendus est quisquam* « *genus testandi eligere ad impugnanda ju-* « *dicia sua* (5) ».

Tal è l' avviso di Henrys (6), alle si appoggia sul sentimento del presidente Fabro (7). Tale è anche quello del signor Toullier (8), e finalmente a questo medesimo avvisa si sono piegati in ultimo luogo i signori Merlin e Grenier.

Sembra a noi, che esso sia anche il solo, che si possa seguire, e per provarlo discuteremo tutte le ragioni opposte *ex adverso*.

Dapprima l' argomento, che Ricard trae dalle leggi romane, non è per nulla concludente. Questo leggi sono emanate sulla quistione se un testamento nullo come tale può valere come codicillo, e pronunziano giustissimamente la negativa. Ma questo caso è differentissimo dal nostro, perchè un testamento ed un codicillo sono in dritto romano due atti di natura del tutto differente. Il testamento faceva un erede, il codicillo senza testamento era un atto *ab intestato*; talmentechè l' erede *ab intestato* era solo erede, e si trovava soltanto gravato dei legati come fedecommessi ; il che gli dava il dritto di ritenere la quarta trebellianica (9). Ed era ben chiaro, che per questo solo, che il testatore aveva voluto fare un testamento, non aveva pensato a codicillare, e che il testamento non poteva valere come codicillo, che in virtù della clausola codicillare espressa, vale a dire in virtù di una volontà del defunto chiaramente manifestata.

Ma nella specie, che discutiamo, non si tratta di convertire un atto di una specie in un atto di una specie apposta sia per l' essenza sia pei risultamenti, ma si tratta di sapere, il che è diversa cosa, se un testamento, nullo in una forma, può valere in un' altra forma testamentaria (10).

Per lo che Ricard non avrebbe dovuto farsi influenzare dalle leggi romane, che cita male a proposito ; la legge 3, D., *De test. militis* era la sola decisiva, poichè vi si tratta veramente della conversione di un testamento in un altro testamento; e mentre Ricard non vi vede, che un caso eccezionale in favore del soldato, ci sembra, che sarebbe stato più degno della sua penetrazione il trovarvi la regola generale della nostra materia (11).

Indubitatamente il caso di cui si occupa la legge 3, D., *De test. militis*, è particolare al soldato, e non poteva verificarsi per un cittadino ordinario. Trattavasi di un soldato, che aveva manifestata l' intenzione di testare *jure comuni*, ed il cui testamento era rimasto imperfetto. Si dimandava, se questo testamento, nullo come solenne, e senza veruna forma di dritto civile, potesse valere come militare, e nella specie stabilito questo mezzo non po-

(1) Serres, *Instit. di dritto francese*, l. 2, t. X, § 3.
(2) Chabrol *sulla consuet. dell' Auvergne*, t. 2. p. 58.
(3) Grenier, n. 276.
(4) Merlin, Quist. di dritto, v° *Testamento*, § 6, p. 267 la nota p. 269 e seg.
(5) Ulpiano, l. 3, D., *De testam. milit.* Pothier *Pand.* 8, 2, p. 226, n. 14.
(6) Henrys, l. 5, cap. 1, quist. 2 e 3, cap. 4, quist. 67.
(7) Fabro, *De error. pragm.*, decad. 75, error. 6.
(8) Toullier, t. V. n. 480.
(9) Ricard, *loc. cit*, n. 1431.
(10) V. *Sopra*, n. 47.
(11) La ragione di decidere adottata da Ulpiano, è così bene considerata come una regola generale, che Menochio ne ha ricavato il principio, che quando una persona può fare un atto giusta il diritto comune e giusta un diritto speciale, e che l'atto non vale *jure comuni*, deve valere *jure speciali*: « *Primus casus est quan-* « *do actus non potest valere et sustineri jure com-* « *muni. Tunc praesumitur confectus de jure speciali et* « *privilegiato.* » Menochio si poggia sull' autorità di Alciato e di molti altri, che vogliono anche, che questa regola abbia luogo *quando actum conficiens destinasset uti jure communi* (lib. 6, *praesc.* 6, n. 1 *e seg.*); il che approva Menochio, *praesc.* 4, n. 37, per la ragione, che a meno di pruova e di parole contrarie non si può supporre, che il testatore avrebbe escluso e ripudiato il suo privilegio speciale, se avesse saputo, che faceva una cosa nulla secondo il dritto comune.

Digitized by Google

teva essere invocato, che a favore del soldato, le ultime disposizioni del quale valevano *nuda voluntate*. Se un semplice cittadino avesse testato, non si sarebbe esitato a dire: Il testamento è nullo senza risorsa, perchè non vi si trova veruno dei solenni richiesti dalla legge per fare valere le ultime volontà. Ma è un soldato colui, il cui testamento è messo ad esame, vale a dire un uomo, che gode del privilegio di non essere assoggettato a veruna forma testamentaria. Vediamo, se il suo testamento non varrà come manifestazione di una nuda volontà. Ed ecco in che la legge 3 (1) statuisce su di un caso particolare al soldato. Ma questo caso particolare Ulpiano lo risolve con una regola generale. « *Nec eredendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda judicia sua: sed magis utroque genere valuisse propter fortuitos casus* ». QUISQUAM dice Ulpiano, e questa parola ha una tale latitudine, che prova evidentemente, che il giureconsulto applica qui una massima stabilita così pei cittadini ordinari, che pei soldati, una di quelle massime in una parola, la cui generalità viene a rischiarare tutti i casi particolari. Il perchè sarebbe un errore il credere, che la legge 3 costituiva un privilegio pel solo soldato; se la specie preveduta è particolare al soldato, la ragione di decidere è generale, e di questa ragione ci impadroniremo per risolvere le difficoltà dello stesso genere, che possono presentarsi nei testamenti dei pagani.

Così per esempio vediamo, se un testamento pagano solenne, che mancherà di qualche formalità, potrà valere come nuncupativo verbale. Si sa, che sebbene il testamento solenne sia ordinariamente segreto, nondimeno il testatore può darne conoscenza ai sette testimoni, chiamati per la soprascrizione (2). Supponiamo, che per una intiera confidenza nei testimoni, il testatore abbia loro rivelato il contenuto della scrittura interna, e che in seguito questo testamento sia nullo come solenne: potrà in questo caso valere come nuncupativo, essendo rivestito delle formalità particolari di questo testamento, che esige solo la dichiarazione verbale delle ultime disposizioni senza il soccorso della scrittura? Si vede, che qui si tratta di conversione, come nella legge 3, D., *De testam. milit.*, e come nella quistione, che discutiamo. Ebbene gli arresti e gli autori si accordano nel dire, che il testamento vale come nuncupativo, a menochè il testatore non abbia dichiarato. essere sua volontà, che il testamento non valesse che come solenne. Il che decidono Socino (3), Bartolo (4), Paolo di Castro (5). Menochio (6) non esita a dire, che se qualcuno vuol fare un testamento scritto, e che ne omette le solennità, il suo testamento varrà come noncupativo, se ha osservato le formalità del testamento nuncupativo. Grasso (7) dice formalmente: « *Vera et comunis opinio est, « quod tale testamentum (id est testamentum « in scriptis imperfectum ratione solemni- « tatis) valeat ut nuncupatioum, nisi ex « presse arctasset se ad testamentum in scri- « ptis, quia, forts aliter noluit valere, vel « noluit suam voluntatem testibus esse notam « et ita tenent omnes doctores; in dubio enim « non est verisimile testatorem se restrin- « gere ad unam viom testandi, et sic elige- « re iter per quod ejus judicium impugnare- « tur* (8) ».

Finalmente Lapeyrere (9) riporta un arresto della seconda camera dei ricorsi del parlamento di Bordeaux dei 5 settembre 1672, che giudica, che il testamento, che non può valere come solenne *in scriptis*, può valere come nuncupativo, e tale è anche l'arresto del presidente Cambolas (10) e di d'Oliva (11), che si poggiano su degli arresti (12) del parlamento di Tolosa, del quale tutti due erano membri. Non conosciamo verun autore di qualche considerazione, che abbia decisa questa quistione in senso contrario, perocchè non crediamo, che si possa trarre una qualunque induzione da quello, che dice Furgole (13).

Si vede che questa opinione generalmente accreditata, unita al principio generale contenuto nella legge 3, D., *Test. milit.*, rende inamessibile questa pretesa regola di Ricard e di Serres, che un testamento deve valere nella forma cominciata. Invano Ricard oppona la presunzione, che il defunto, avendo dato e vedere di volere fare un testamento in una forma più solenne, non si presume di avere

(1) D., *De testam. militis.*
(2) *Sopra*, n. 1618.
(3) Socino, *cons.* 135.
(4) Bartolo, *Infort.*, ad lib. 29, D., *De jure codicil.* L. 20 *in fine*, t. III, p. 172, col. 2: « *Aut enim apparet*, dice questo autore, *quod testator volebat condere « in scriptis... testamentum, et testamentum non valet « ut nuncupativum: aut non constat, tunc illa nominatio « haeredis, si est facta coram legitimo numero testium, « et valet ut testamentum nuncupativum.* » Nicole non è più formale di questa decisione, renduta in un caso, nel quale trattavasi di una istituzione di erede *in scriptis*, nulla come tale.
(5) Sulla legge *Haered. palam.*, D, *Qui testam. fac. poss.*

(6) Menochio, *De praesumpt.*, lib. 4. *praesumpt.*, 2, n. 14 *et seq.*
(7) L'opinione di quest'autore è citata nell'opera intitolata: *Syntagma opinionum communium.*
(8) Mantica, *De conject. ultim. vol.*, l. 1, t VII, n. 6, p. 12: « *Communis doctorum Schola*, egli dice, *con- « cludit, testamentum ut nuncupativum sustinere debet, « si non valet tanquam in script s conditum.* »
(9) Lapeyrère, lettera 5, n. 46.
(10) L. 3, cap. 46.
(11) *Quistioni notabili di dritto*, lib. 5.
(12) Arresti del parlamento di Tolosa de' 15 marzo 1631 e 22 maggio 1632.
(13) Furgole, cap. 2, sez. 2, n. 26 e seg.

Digitized by Google

avuto il disegno di confidare la sua volontà ad una forma più comune e meno assicurata, dapoichè gli si opporrà questa presunzione molto più naturale, molto più conforme al desiderio, che hanno tutti gli uomini, di fare sopravvivere la loro volontà a sè stessi « *Non credendus « est quisquam genus testandi eligere ad im« pugnanda judicia sua, sed magis utroque « genere voluisse propter fortuitos casus.* » E mentre che questa presunzione si trova pure di derivare dalla legge 6, § 2, D., *De jure codicil.*, (1), e di concordare con questa altra altra regola, che quello, che abbonda, non vizia: « *Non solent quae abundant vitiare scripturas*, la presunzione messa come regola da Ricard non si trova scritta in verun testo di qualche valore.

Il signor Toullier dà un' altra pruova, che la scelta di un genere di atti non esclude ogni altro atto, le cui formalità si trovano di essere state adempite in mancanza di quelle, che potevano convalidare l'atto, che dapprima si era scelto; ed è, che l'atto pubblico nullo come tale, vale nondimeno come atto sotto firmo privata, s'è sottoscritto da tutte le parti (2).

Epperò troviamo, che una legge del Digesto decide, che il testamento di un soldato, nullo come solenne, può valere come testamento militare; e che una folla di autori, le cui opinioni sono state sanzionate dagli arresti, hanno deciso, che un testamento mistico nullo vale nel dritto romano come nuncupativo verbale, se è stato pronunziato dinanzi ai testimoni Quale sarebbe dunque la ragione, che impedirebbe ad un testamento solenne, mancante di talune formalità essenziali, di valere come olografo, se fosse scritto, datato, e sottoscritto di mano del testatore? Non ne vediamo assolutamente alcuna; è anche certo, che colui, che ha fatto il suo testamento olografo, e che in seguito vuole farlo rivestire delle forme del testamento mistico, il più sovente non è indotto a prendere questo partito, che per precauzione e per meglio assicurare l'esistenza della sua volontà, ben lungi dal volerla distruggere. Il testamento olografo è pressochè sempre unicamente conosciuto dal testatore e dall'erede legittimo, ed il testatore può temere, che quest' ultimo non si spinga a sopprimerlo; allora lo fa rivestire della soprascrizione, rimanendo sicuro sin da questo momento, che sette persone sapendo, che egli ha testato, ogni soppressione da parte dell'erede diverrà impossibile da eseguirsi nel segreto. D'altronde il carattere è soggetto a verificazione nel testamento olografo, ed è possibile, che il testatore volendo evitare al suo legatario le inquietudini di questa verificazione, abbia fatto redigere l'atto di soprascrizione che come dice eggantemente Paolo: (3) « *Interiori fidem serbat* ».

Tutto ciò, noi diciamo, è l'effetto di una precauzione lodevole, ma non prova in alcun modo, che il testatore abbia voluto escludere la forma olografa, e far esclusivamente dipendere la pruova della sua volontà dalle forme del testamento mistico. Se l'avesse voluto, lo avrebbe detto, ma nel suo silenzio non si può ammettere una presunzione così contraria allo impegno, che ciascun ha di morire con un testamento rispettato (4).

Così la giurisprudenza delle corti sovrane è sempre inclinata per la conversione del testamento mistico in testamento olografo, quando era possibile, ed il signor Merlin (5) riporta un arresto del parlamento di Dijon del 1 agosto 1748, che ha giudicato valido come olografo un testamento destituito delle forme di testamento solenne. L'erede intestato si provvide nel gran consiglio contra di questo arresto, ma nel 1751 fu rigettata la sua domanda.

Aggiungiamo, che l'ordinanza del 1629 ammetteva nel suo articolo 126, che un testamento olografo era sempre vadido, quantunque il testatore avesse voluto in seguito farlo rivestire dei solenni dei testamenti mistici, e che le solennità fossero state imperfettamente adempite. Vero è, che questa ordinanza non era osservata nella maggior parte del regno, ma a sentenza di Brettonier era un monumento della saggezza del signor di Marillac, guardasuggelli, che la redasse, e può fare autorità come ragione scritta. Per verità il signor Grenier (6) ne tira la conseguenza, che l'autore di questa ordinanza riconosceva il principio, che un testamento doveva essere perfetto nella forma prescelta, e che voleva derogarvi. Tutto ciò, che il legislatore prescrive, non suppone un uso contrario, precedentemente seguito; da che il codice Napoleone indicò per la donazione delle formalità particolari, che vuole, che siano osservate a pena di nullità, ne siegue forse, essere queste forme nuove ed essere ignote sotto il regime dell'ordinanza del 1731? Si sa, che niente è più pericoloso di questi argomenti *a contrario*, come Ricard osserva nel

(1) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 263, n. 6.

(2) Art. 68 della legge di ventoso anno XI. Art. 1318 C. Nap.

(3) Paolo, *Sententiae*, l. 5. *Ad leg.*, *Cornel.*, *Testam.* tit. 25. § 6 V. Cujacio ad tit., C., *De testam.*

(4) Si può applicare a'testamenti mistici, il cui scritto interno è un testamento olografo, quello, che Menochio diceva del testamento *in scriptis*, rivestito delle formalità nuncupative: « *Dicitur quaedam mista species testamenti, et communem esse sententiam asseruit ipse « Vasquius, qui scripsit, quod* UNA FORMA ALTERAM NON « CONSUMIT, *sed ambas simul concurrere, et esse possunt, quod ait probari.....* »

(5) Merlin, Repert., v° *Testamento*, t. XVII, sez. 2, § 4, art. 4, p. 763, col. 1.

(6) Grenier, *loc. cit.*, n. 276, t. II, p. 570, ed: del sig. Bayle-Mouillard.

suo trattato *Delle donazioni*. D'altronde il signor di Marillac poteva avere avuto sotto gli occhi la giurisprudenza particolare del parlamento di Parigi, che si opponeva alla conversione dei testamenti, ed aver'a voluto ricondurla alla giurisprudenza dei parlamenti di Tolosa e di Bordeaux; ipotesi, che proverebbe almeno, che agli occhi di un magistrato di tal sapere e di tal saggezza, quest' ultima giurisprudenza, di cui Cambolas cita un monumento, che risale al 4 di gennaro 1605, era la migliore. Ed in effetti essa è attinta nella sorgente del dritto romano e nella più sana interpretazione delle volontà dei moribondi. In quanto a la novella di Giustiniano ho detto qui sopra (1), che Giustiniano l'aveva rigettata, e che sembra pure di non essere stata mai osservata. D'altronde se si volesse considerarla come ragione scritta, le si opporrebbe con successo l'ordinanza del 1629, che è ancora un monumento della ragione scritta, e che soprattutto devè avere un gran peso agli occhi dei giureconsulti francesi.

Non ci rimane più, che ad esaminare le ragioni, che hanno per un istante sedotto il signor Merlin, e che sono state sviluppate nella terza edizione delle sue quistioni di dritto (2).

L'art. 979 del codice civile (diceva il signor Merlin) vuole, che il muto, che fa un testamento mistico, cominci dallo scrivere, datare e sottoscrivere questo testamento, vale a dire dal dargli la forma di un testamento olografo; e non contento di questo preliminare, che pertanto basterebbe per assicurare l'esecuzione della volontà del testatore, se non avesse in veduta la forma mistica, vuole, che il testatore lo presenti al notaro ed ai testimoni, che scriva la dichiarazione, esser quello il suo testamento ecc. Se una di queste formalità non è osservata, quale sarà la sorte del testamento? Sarà nullo, dice l'art. 1001. Sarà nullo; dunque non varrà come testamento olografo E perchè? Perchè la legge non considera il testamento scritto, datato e sottoscritto di mano del muto, che come un progetto subordinato al compimento delle formalità richieste pei testamenti mistici, e che se queste formalità non sono osservate, essa adotta questa massima di Gotofredo (3). « *Praesumitur testator justas so- « lemnitates omittens, solemnis voluntatis « poenituisse, et perlusorium actum facere « voluisse.* »

Questa argomentazione è più sottile, che solida, ed aveva per risultamento di mettere il signor Merlin in contraddizione con quello, che aveva detto precedentemente (4). Dapprima aveva sostenuto, che prima del codice Napoleone il testamento nullo come testamento mistico, poteva valere come testamento olografo. Or questo art. 979 del codice non è, che la copia testuale dell'art. 12 dell'ordinanza del 1735, che combinato con l'art. 47 della medesima ordinanza, dà assolutamente l'istesso risultamento dell'art. 979 conferito con l'art. 1001. Per lo che eravi inconseguenza a pronunziarsi per la validità del testamento prima del codice Napoleone e per la nullità dopo di questo codice.

Ma, si dirà, l'ordinanza del 1629, della quale abbiamo fatto conoscere più sopra l'articolo 129, faceva legge in qualche parte del regno, anche sotto l'ordinanza del 1735; essa era specialmente ricevuta a Bayonna, ed è per questo, che il signor Merlin sostiene la validità di un testamento, che fatto in questa città, era nullo come mistico, e valeva come olografo(5). Diremo dapprima, che il signor Merlin nelle riflessioni, che precedono la sua requisitoria, esaminando la quistione sotto di un punto di vista generale, si decideva per la validità, anche indipendentemente dall' ordinanza del 1629 Ma dipoi perchè questa ordinanza faceva legge in qualche giurisdizione anche sotto l'ordinanza del 1735? Perchè apparentemente non era contraria agli articoli 12 e 17 dell'ordinanza del 1735; dappoichè se vi fosse stata contraria, sarebbe stata abrogata dall' art. 82 di quest'ultima ordinanza, che dice: « Vogliamo al dippiù, che la presente ordinanza sia « serbata ed osservata a contare dalla sua « pubblicazione, abroghiamo ogni ordinanza, « legge, consuetudine, statuto ed uso differenti, o che fossero contrari a'le disposizioni « contenutevi » Concludiamo dunque secondo lo stesso signor Merlin, che gli articoli 12 e 47 dell'ordinanza del 1735, che pronunziava la nullità di un testamento mistico, scritto per intiero, datato e sottoscritto di mano del testatore, quando gli mancava qualche formalità voluta dalla legge, non conteneva nulla di contrario al principio, che poteva valere come olografo; e perchè? perchè niuno disconviene, che fosse nullo come mistico, ma si sostiene la sua validità come olografo. Ecco perchè l'arresto del parlamento di Dijon del 1. di agosto 1748, renduto per conseguenza sotto il regime dell'ordinanza del 1735, non è contrario a questa ordinanza, e che un aresto del consiglio, ha pronunziato, che rimanga fermo.

E come sarebbe dunque possibile, che ciocchè sarebbe vero, secondo il signor Merlin, sotto l'impero dell'ordinanza del 1735, fosse falso sotto il codice Napoleone, che ne è soltanto la ripetizione?

Dippiù come non si vede, che l'art. 1001 (a) deve essere inteso *secundum subjectam mate-*

(1) *Supra*, n. 1163.
(2) Merlin, Quist. di dritto, v° *Testamento*, p. 269.
(3) Gotofredo sulla legge 14, C., *De testam.*
(4) Merlin, Quist. di dritto, *loc. cit.*, § 6.
(5) Merlin, *loc. cit.*, reg. de' 28 term. anno .
(a) Art. 927 delle leggi civili modificato. *Il trad.*

Digitized by Google

riom; che combinandolo con l'art 979(a), guarda il testamento unicamente nell'insieme delle disposizioni, che lo rendono mistico, e che sotto questo solo punto di vista pronunzia la pena di nullità per le omessioni essenziali; ma che non era del suggetto del legislatore di considerarlo sotto il rapporto di un testamento olografo, e che dichiarando la sua nullità come mistico, lascia intiera la quistione se vale come olografo?

Il signor Merlin diceva ancora, che agli occhi della legge il testamento olografo, che si vuole fare rivestire della forma solenne, non è che un progetto subordinato all'adempimento delle formalità prescritte pei testamenti mistici. Ma da qual testo del codice Napoleone cava egli questa riserva? Certamente bisogna fare una grande violenza agli articoli 979 e 1001 per fare loro dire una cosa tanto contraria a ciocchè si passa giornalmente, ed allo spirito, che ha dettato la legge 3, D., *De test. milit.*, come ancora la giurisprudenza, che abbiamo analizzata. Il signor Merlin non mette forse un poco troppo da parte in questa sottile interpretazione, la regola, che le leggi debbono essere intese *secundum subjectam materiam?* È egli possibile di vedere negli articoli 979 e 1001 altra cosa, tranne chè il testamento è nullo come testamento mistico?

In quanto a noi amiamo meglio di stare alla presunzione di Ulpiano, che di ammettere, che il testatore abbia voluto fare un semplice progetto. Niuno si presume di avere prescelto una forma di testare per distruggere la sua propria volontà, ma piuttosto bisogna supporre, che il testatore condotto da uno spirito di previdenza, ha avuto in vista « *utrumque testandi genus* « *propter fortuitos casus.* »

Circa la massima di Gotofredo, massima di una eterna verità, essa è fatta pel caso, in cui il testamento non ha alcuna formalità di dritto civile. Il perchè non bisogna applicarla al caso, in cui delle solennità legali sostengono questo testamento.

Epperò sotto qualunque punto di veduta si considera questa opinione, che un istante il signor Merlin volle fare prevalere, si comprende, che non poteva essere chiamata a fare autorità.

Del resto il signor Merlin, come già abbiamo detto, abbandonò questo sistema, e ritornando sulla sua opinione, riconobbe francamente di essersi ingannato (1).

Il sig. Grenier non tardò guari a ritrattare, seguendo il signor Merlin, la sua opinione (2).

Nulladimeno in questa medesima epoca, nella quale i signori Merlin e Grenier confessavano gli errori, nei quali erano caduti sulla quistione, un arresto della corte di Poitiers dei 28 di maggio 1824 (3), debolissimamente motivato, si metteva dal lato dell'opinione di Ricard, e di quel preteso principio, che un testamento deve essere perfetto nella forma prescelta dal testatore.

Ma dopo di questa epoca la giurisprudenza (4) e la grande maggioranza degli autori (5) hanno ammesso la validità del testamento come testamento olografo.

1655. La quistione si semplifica molto, quando il testatore ha enunciato la volontà, che il suo testamento valesse nella migliore forma; allora la conversione non può fare più verun dubbio, perchè procede secondo Mantica dalla volontà del disponente (6). La clausola *omni meliori modo* basta per autorizzare la conversione. Nulladimeno avviene spesso, che questa clausola deve essere piuttosto considerata come di stile, che come procedente dalla volontà formale del testatore; ma nel dubbio bisogna supporre, che il notaio non ha fatto, che ubbidire all'ingiunzione del testatore. « *Et quidem notarius censetur rogatus, ut* « *apponat omnes clausolas solitas apponi* (7).

ARTICOLO 977 — (903).

Se il testatore non sa sottoscrivere, o se non ha potuto farlo, quando ha fatto scrivere le sue disposizioni, sarà chiamato all'atto di soprascrizione un testimone di più oltre quello indicato

(a) Art. 905 delle leggi civili. *Il traduttore.*

(1) Merlin, Repert., v° *Testamento*, t. XVII, p. 762. « Delle nuove riflessioni m'inducono a credere, che mi « sono ingannato. »

(2) Grenier (3.ª edizione) n. 276 *bis.*

(3) 28 maggio 1824 (Devill., 7, 2, 371. Dalloz, 25, 2, 64).

(4) Bastia, 14 marzo 1822 (Dalloz *J. G.* t. VI, p. 454. Nimes, 30 maggio 1823 (Devill., 7, 2, 222). Caen, 26 gennaro 1826 (Devill., 8, 2, 184). Dijon, 28 febbraio 1827, e Cassaz., rig., 23 dicembre 1828 (Devill., 9, 1, 205; *Palazzo*, 22, 495. V. pure anteriormente, un arresto d'Aix de' 18 gennaro 1808 (Devill., 2, 2, 342).

(5) Signori Duranton, t. IX, n. 138. Solon, *Teorie delle nullità*, t. II, n. 125. Vazeille, n. 18, sull'art. 976. Poujol, n. 27, sull'art. 976, Massé, *Perfetto notaio*, t. 1, p. 408. Delaporte, *Pand. francesi* t. IV, p. 335. Dalloz, cap. 6, sez. 5, art. 7, n.° 1 e seg. Marcadè, n. 40, sull'art. 976. V., *contro*, Favard, Repert., v° *Testamento*, sez. 1, § 4, e Coin-Delisle, n. 15, sull'art. 976.

(6) Mantica, *De conject. ultim. vol.*, lib. 1, t. IX, n. 11.

(7) Mantica, *loc. cit.*, l. 1, t. IX, n. 2, e l. 1, t. X, n. 2. V. un arresto della corte di Bourges, de' 10 agosto 1813 (Devill., 5, 1, 59), che giudica, che un testamento scritto per intiero, datato, e sottoscritto di mano del testatore, rivestito delle formalità del testamento mistico, e qualificato nell'atto di soprascrizione di testamento olografo, può valere come tale in caso d'irregolarità nella forma mistica. — Il ricorso contro di quest'arresto fu rigettato dalla camera de'ricorsi della corte di cassazione il 6 di giugno 1815 (Devill., 5, 1, 59).

nell' articolo precedente, il quale sottoscriverà l'atto cogli altri testimoni, e vi sarà fatta menzione della causa, per la quale questo testimone è stato chiamato (a).

SOMMARIO

1656. Della necessità di chiamare un testimone supplementario all'atto di soprascrizione, quando il testatore non sa sottoscrivere o non ha potuto farlo.

1657. Il notaro deve menzionare la causa, per la quale questo testimone è stato chiamato.

1658. La presenza di questo testimone è richiesta per tutto l'insieme della operazione.

COMMENTARIO

1656 Quando lo scritto interno è sottoscritto dal testatore, sei testimoni bastano per la perfezione dell'atto di soprascrizione; il che abbiamo detto nell' articolo precedente.

Ma quando lo scritto, che contiene le disposizioni, non è sottoscritto, sia perchè il testatore non sa sottoscrivere, sia perchè non lo può, allora bisogna chiamare un settimo testimone, il quale sottoscrive con gli altri testimoni l'atto di soprascrizione.

L'ordinanza del 1735 voleva pure così, ed il nostro articolo 977 è la testuale riproduzione dell' art. 10 di questa ordinanza.

1657. Il notaro deve fare menzione della causa, per la quale questo testimone supplementario è stato chiamato. L'omessione su tale riguardo costituirebbe una nullità; però importa poco il luogo dell' atto, ove questa menzione si trova e basta, che si trovi positivamente (1).

Per adempiere il voto della legge il notaro dovrà constatare, che il testimone è stato chiamato, perchè il testatore non ha saputo o non ha potuto sottoscrivere (2). In questo ultimo caso non sarà necessario di precisare la causa speciale dell' impossibilità di sottoscrivere (3).

1658. Del resto non basterebbe che il testimone venisse chiamato alla fine della operazione, ma deve assistere come gli altri sei testimoni alla presentazione alla dichiarazione ed a tutto l'insieme dell' operazione.

In una specie sottoposta alla corte di Bordeaux era sembrato dubbio giusta la redazione dell'atto di soprascrizione, che il settimo testimone avesse assistito al cominciamento delle operazioni. Ecco come il notaro aveva redatto l'atto di soprascrizione.

« Oggi... innanzi a noi sottoscritto Notaro, « presenti i testimoni più basso nominati ed « anche sottoscritti, è comparso il signor Sale« les... il quale ha presentato al detto Notaro « ed ai detti testimoni la presente carta così « chiusa e suggellata, che ha detto contenere « il suo testamento, che ha fatta scrivere da « una persona di confidenza, che ha letto, ma « che non ha potuto sottoscrivere, non avendolo potuto fare a ragione dell' estrema debolezza della sua mano. . . Ma i detti testimoni hanno sottoscritto col Notajo. » — « Fatto in oltre gli stessi giorno mese ed anno « come sopra in presenza del signor Antonio « Leyx, testimone espressamente chiamato a « ragione dell' impotenza di sottoscrivere, che « prova il signor Saleles..., il quale Leyx ha « sottoscritto col sottoscritto Notaro e gli altri « testimoni più sopra cennati, il tutto dopo « fatta lettura. »

Si pretese, che questo atto di soprascrizione era irregolare, perchè dal suo contesto, risultava, che il settimo testimone non aveva assistito alla presentazione e dichiarazione fatte dal testatore contrariamente alla disposizione espressa dell'art. 977. E con arresto dei 20 di novembre 1833 la corte di Bordeaux (4) senza contraddire, che in effetti la presenza del settimo testimone fosse richiesta per l' insieme delle operazioni, si applicò a dimostrare, risultare dal contesto dell' atto, che la presenza di selte testimoni era stata simultanea. E per vero nella prima parte dell' atto di soprascrizione era detto, che il testatore aveva presentata la carta chiusa e suggellata al notaro ed ai testimoni abbasso nominati. In quanto alla seconda parte dell' atto i suoi termini indicavano una correlazione necessaria con la prima, di talchè le due parti della soprascrizione si incatenavano e formavano un solo e medesimo contesto.

Il ricorso contro di questo arresto fu rigettato dalla camera dei ricorsi della corte di cassazione (5).

(a) Corrispoode ed è uniforme all'art. 903 delle leggi civili. *Il traduttore.*

(1) Cassaz., rigetto di Bordeaux, 3 gennaro 1838 (Devill., 38, 1, 244).

(2) Furgole, cap. 2, sez 3, n. 29 (edit. del 1775).
(3) Coin-Delisle, o. 6, sull'art. 977.
(4) Bordeaux, 20 novembre 1833, riportato con l'arresto della corte di cassaz. (Devill, 38, 1, 244).
(5) Cassaz., 3 di gennaro 1838 (Devill., 38, 1, 244).

Digitized by Google

Articolo 978 — (904)

Coloro, che non sanno o non possono leggere non potranno fare delle disposizioni nella forma del testamento mistico.

SOMMARIO

COMENTARIO

1659. Ecco i motivi di questa disposizione presa in impronto dall'art. 11 dell'ordinanza del 1735. Colui che sa e può leggere, può nel dettare le sue disposizioni vegliare perchè siano fedelmente scritte. Al contrario, colui, che non ha questa facoltà, non può usare di questa sorveglianza e di questa verificazione, e quindi non avrebbe la legge veruna garentia, che la carta, che egli presenterebbe come contenente le sue ultime volontà, le contenesse realmente (1) (a).

1660. Di qui si è conchiuso, che un cieco, che ha saputo leggere, ma a cui la cecità impedisce di leggere nel momento, in cui vuole redigere le sue ultime volontà, non può testare per testamento mistico (2). La legge romana (3) interdiceva ai ciechi di nascita o a coloro, che lo erano divenuti per malattia o accidenti (*carentes oculis, seu morbo, seu ita nati*) di fare il loro testamento in diversa altra forma dell'orale, e si è veduto, che l'ordinanza del 1735 conteneva la medesima disposizione, Supponendo pure, che il testamento, che il cieco vuole fare rivestire della forma mistica, sia stato scritto da lui per intiero (4), sia per averlo scritto in un'epoca, in cui non era ancora colpito da cecità, sia pure che l'abbia scritto in istato di cecità (il che può farsi, come più sopra l'abbiamo fatto osservare) (5), questo testamento non potrebbe valere giusta i precisi termini del nostro articolo come testamento mistico, perchè può non essere certo, che il cieco non si è ingannato nella scelta della carta presentata alla soprascrizione. Da un altro lato, può avere scritto più testamenti, e come non potrebbe verificare da sè medesimo l'identità della carta presentata al notaro ed ai testimoni, così sarebbe esposto a degli errori e a delle sorprese, contro delle quali il suo stato di cecità non gli permette di porsi in guardia.

Nulladimeno affrettiamoci di dire, che il suo testamento essendo nullo come mistico e solenne, potrebbe valere come olografo, se fosse scritto datato e sottoscritto di sua mano. Si ri-

(1) Grenier, n. 258.

(a) Si scorge, che la legge stabilisce tre forme di testamenti secondo i tre diversi stati, ne' quali un uomo può rattrovarsi relativamente alla facoltà di leggere e di scrivere. Colui che sa e può leggere e scrivere gode della maggiore latitudine sul modo di esprimere la propria volontà. Egli non è astretto da veruna forma, ed in qualunque modo esprima le sue ultime disposizioni, la legge ne garentisce l'esecuzione. Questa forma è la olografa, ed è la più certa e la più sicura; essa adempie più rigorosamente di ogni altra alla condizione di certezza delle ultime volontà del disponente, e questa condizione è la sola richiesta, perchè i testamenti abbiano la solenne autorità, che per dritto di natura debbono avere gli ultimi precetti di un moribondo su colui, ch'è chiamato a raccorre le sostanze accumulate dalla diligenza e dal lavoro del disponente.

Ma un uomo può sapere o potere leggere senza potere o sapere scrivere. La legge stabilisce per lui la forma mistica, la quale comunque soggetta a delle forme indispensabili per assicurare la certezza della disposizione, ha però come la forma olografa, il vantaggio di non rendere palese l'erede ed i legatari. La legge è allora tanto larga quanto può; e giustamente vuole, che se il testatore non debba egli stesso scrivere le sue disposizioni, abbia però la facoltà di assicurarsi mercè la lettura, che lo scritto le contiene esattamente, sicurezza, che non potrebbe aversi dalla lettura fatta da altri, il quale potrebbe leggere diversamente di quello, ch'è scritto. La forma mistica concerne dunque particolarmente quella classe di persone, (ne' tempi nostri molto più limitata) che hanno la sola metà de' primi elementi dell'istruzione, per lo che pensiamo, che il precetto imperativo di sottoscrivere le proprie disposizioni, espresso nell'art. 902 delle nostre leggi civili come nell'art. 976 del Codice Napoleone, non avrebbe dovuto essere enunciato in modo assoluto e generale, ma ristretto al caso in cui il disponente potesse o sapesse scrivere, onde rendere quell'articolo più in armonia con gli articoli seguenti.

Da ultimo colui che non sa o non può nè leggere nè scrivere deve necessariamente avvalersi della forma pubblica, perchè essa è la sola, che può assicurare la certezza delle sue disposizioni. *Il traduttore.*

(2) Rousseau-Lacombe sull'art. 9 dell'ordinanza. Ricard, part. 1, n. 1474.

(3) Instit., § 4, *Quibus non est permiss*, combinato con la legge 8 al Codice, *Qui test. facere possunt.*

(4) Furgole, cap. 2, sez. 3, n. 29 *in fine*. Catellan, l. 2, cap. 12.

(5) N. 540.

chiami a memoria quello, che più sopra abbiamo detto sulle capacità del cieco di testare nella forma olografa (1).

1661. Se il testatore sapesse leggere lo stampato senza sapere leggere il manoscritto, come molta gente illetterata, che si trova in questo stato, non potrebbe testare nella forma mistica. Il legislatore ha inteso unicamente parlare qui della scrittura a mano.

1662. Ma quale delle parti deve provare, che il testatore non poteva o non sapeva scrivere? Furgole esamina questa quistione (2), e la risolve con Catellan (3) con le seguenti distinzioni.

« Se il testatore avesse saputo leggere al« tra volta, e non lo potesse più in tempo « della disposizione, spetta a colui, che fonda « la nullità sull' impossibilità di leggere, di « provare il fatto, tranne chè l'atto nol provasse, « perchè la cecità o la debolezza della vista è « un fatto contrario allo stato naturale (4).

« Che se la nullità è opposta, perchè il te« statore non sapeva leggere, allora se il te« stamento o l'atto di soprascrizione giustifica, « che il testatore sapeva leggere, come se vi fos« se detto di aver egli letto la sua disposizio« ne, o se vi fosse una presunzione, come se « il testatore ha sottoscritto, il che può fare « presumere, che egli sapeva leggere, colui, « che attacca il testamento, deve essere gra« vato della pruova...; che se non vi è veruna « presunzione, che il testatore sapesse leggere, « l' erede, che sostiene il testamento deve es« sero gravato di provare il fatto affermativo, « perchè *ei incumbit probatio qui dicit, non « qui negat* (5) »

1663. Risulta dal nostro articolo, che il testatore, che fa scrivere il suo testamento da una mano straniera, deve leggerlo per assicurarsi della esattezza della sua dettatura. Imperocchè per quale ragione la legge esige, che il testatore sappia leggere, se non perchè possa fare da sè medesimo queste verificazione? Ma veruna legge richiede, che lo scritto interno contenga la menzione, che la precauzione, di cui qui si tratta, è stata presa. La legge se ne riporta all'interesse del testatore. Essa suppone, che la prudenza gli avrà fatto fare ciocchè il suo interesse gli consigliava. Nulladimeno se fosse provato dal testamento stesso, che il testatore non lo ha letto, perchè per esempio il suo stato non gli permetteva di poterlo leggere, non occorrerebbe cercare altri mezzi di nullità, ed il testamento sarebbe nullo per la sola ragione, che il testatore non poteva leggere (6). Tale è la conseguenza precisa dei termini del nostro articolo (a).

ARTICOLO 979 — (905).

Nel caso, che il testatore non possa parlare, ma che possa scrivere, potrà fare un testamento mistico a condizione, che il testamento sia intieramente scritto datato e sottoscritto di sua mano, ch' egli lo presenti al notaio ed a' testimoni, e che in testa dell'atto di soprascrizione scriva in loro presenza, la carta, ch' egli presenta, essere il suo testamento: dopo di che il notaro scriverà l' atto di soprascrizione, nel quale sarà fatta menzione, di avere il testatore scritto quelle parole in presenza del notaro e de' testimoni; e pel dippiù sarà osservato tutto quanto è prescritto dall' art. 976 (b).

SOMMARIO

COMENTARIO

1664. Questo articolo è la copia testuale dell' art. 12 dell' ordinanza del 1735; indica le formalità del testamento mistico, quando una persona, che non può parlare, ma che sa scrivere, prescèglie questa maniera di testare.

Non si è voluto, che il muto (colui special-

(1) N. 540.
(2) Forgole, *loc. cit.*
(3) Catellan, *loc. cit.*
(4) Cassaz., camera de'ricorsi, 22 giugno 1852 (Devill., 52, 1, 699).
(5) Paolo, l. 2, D., *De probat.*
(6) Cassaz., rigetto, camera de'ricorsi, 6 mess. anno XII (*G. del Palazzo*, t. II, p. 59. Devill., 1, 987).

(a) L'art. 17 della legge sul notariato richiede, che nell'atto di soprascrizione de' testamenti mistici sia indicata l'ora precisa, in cui è stato fatto, e l'art. 25 della stessa legge, non che il decreto de'12 di settembre 1828 pronunziano la nullità dell' atto per l' omessione di questa formalità. *Il traduttore.*
(b) Corrisponde quell'articolo all'art. 905 delle leggi civili, e vi è uniforme. *Il traduttore.*

Digitized by Google

mente che il nostro articolo ha in veduta) non sapendo scrivere, possa testare per via del testamento nuncupativo scritto; dapoichè converrebbe ammettere, che ei facesse conoscere per mezzo di segni le sue ultime volontà, il che è contrario alle leggi testamentarie, che per un rigore, forse eccessivo, vogliono, che nulla possa rimpiazzare la dettatura, che è una forma sostanziale del testamento per atto pubblico (1). Ma quando il muto sa scrivere, può testare *manu olographa* (2); può testare ancora in forma mistica, perchè la nuncupazione non è dell'essenza del testamento mistico, e la scrittura vi rappresenta una parte maggiore della parola.

1665. Epperò ecco in qual modo il sordomuto o qualunque altra persona, che non può parlare, ma che sa scrivere, dovrà procedere. Comincerà dal fare un testamento olografo, poichè l'atto interno, che gli è permesso di fare rivestire della forma mistica, deve essere scritto, datato, e sottoscritto di sua mano.

Rimarcate, che il nostro articolo impone qui al testatore una forma più stretta, che al testatore messo nel dritto comune. Questo ultimo è dispensato dal sottoscrivere l'atto interno, purchè sia supplito a questa omessione col chiamarsi un settimo testimone nell'atto di soprascrizione (art. 977 del codice Napoleone (a)). Ma l'individuo muto non può dispensarsi di sottoscrivere la scrittura privata, che contiene le sue ultime disposizioni (b).

1666. Vi è dippiù: sebbene la data del testamento mistico in generale non sia richiesta, come abbiamo veduto (3), nulladimeno l'articolo 979 prescrive al sordo muto di datare lo scritto interno. Ciò provviene da che i redattori del codice hanno riprodotta la disposizione dell'art. 12 dell'ordinanza del 1735, che esigeva la data dell'atto di soprascrizione e dello scritto interno, e dall'aver eglino obliato di avere messa da parte la disposizione dell'articolo 38 di questa ordinanza, che faceva della necessità della data una regola generale.

1667 Quando l'atto interno è così redatto, il sordo muto, che vuole dargli maggiore solennità, aggiungendovi la forma mistica, deve presentarlo al notaro ed ai testimoni, ed a pena di nullità scrivere in fronte dell'atto di soprascrizione in loro presenza, che la carta, che egli presenta, è il suo testamento; dopo di che il notaro redigerà l'atto di soprascrizione in conformità dell'art. 976; solamente dovrà dippiù fare menzione a pena di nullità, avere il testatore scritto quelle parole in presenza del notaro e dei testimoni.

1668 Ma qui si presenta un punto delicato, e che ha fatto sorgere delle serie difficoltà. La impossibilità di parlare può essere soltanto accidentale, e può essere occasionata da una paralisi passaggiera della lingua. Supponete, che il testatore non abbia potuto parlare nel momento, in cui ha fatto scrivere da un altro le sue disposizioni, ma che ha ricuperato la parola nel momento solenne, in cui bisogna presentarsi innanzi al notajo, e che gli abbia dichiarato oralmente, che lo scritto presentato è il suo testamento. Il testamento non scritto di sua mano sarà valido?

Ecco una specie curiosa, nella quale questa quistione si è presentata innanzi la corte d'Orleans.

In morte del signor Abbate Saget si trovò un testamento mistico, il cui atto di soprascrizione in data dei 18 di luglio indicava, che sotto l'inviluppo era chiuso secondo la dichiarazione dell'Abbate Saget il suo testamento scritto da un terzo e da lui sottoscritto con la data del medesimo giorno 18 di luglio.

Gli eredi attaccarono questo testamento. Se l'art. 976, essi dissero, permette a colui, che vuole testare nella forma mistica, di fare scrivere le sue disposizioni da un terzo, l'art. 979 aggiunge, che se egli è privato dell'uso della parola, è tenuto di scriverle egli stesso. Ora l'Abbate Saget aveva nel momento della redazione del suo testamento completamente perduta la parola in seguito di una paralisi della lingua, e quindi non aveva potuto dettarlo ad un terzo, che l'aveva scritto per lui. In conseguenza gli credi dimandavano di fare pruova di questo fatto senza avere bisogno neppure d'inscriversi in falso. In quanto alla circostanza di essere stato ricevuto l'atto di soprascrizione nel medesimo giorno e di aver esso constatata la dichiarazione fatta oralmente dal

(1) *Sopra*, n. 1449. *Aggiungi* n.i 539, 1137, 1138, sullo *Donaz. tra vivi*.

(2) *Sopra*, n. 1449 *in fine*. *Aggiungi* Colmar, 17 gennaio 1815 (Devill., 5, 2, 9). Bordeaux, 16 agosto 1836 (Devill., 37, 2, 468). Rouen, 26 maggio 1851 (Devill., 51, 2, 716).

(a) Art. 903 delle leggi civili *Il traduttore*.

(b) Perchè questa differenza? Perchè quando colui, che fa il testamento mistico, sa scrivere, deve non altrimenti, che il muto sottoscrivere necessariamente le sue disposizioni. Egli è dispensato solamente nel caso, che non lo può. È vero, che questa medesima impossibilità di sottoscrivere dopo di avere scritto le sue disposizioni si potrebbe presentare anche pel muto, ed allora perchè il muto, che sa scrivere viene trattato più rigorosamente di ogni altra persona, che anche sa scrivere? Confessiamo, che noi non vi sappiamo scorgere veruna ragione della differenza. La certezza dello scritto sotto il rapporto delle disposizioni, che contiene, è attestata dall'essere per intiero di carattere del testatore, come nel testamento mistico del non muto, e la scrittura messa in fronte dell'atto di soprascrizione supplisce alla dichiarazione al notaio ed a' testimoni; che anzi secondo noi ha un maggior carattere di verità, perchè le cose scritte sono più certe e più positive delle semplicemente parlate. Però la legge è chiara, nè si potrebbe fare una eccezione, che fatta in uno de' due casi, non è ripetuta nell'altro; tantopiù che questo secondo è un caso particolare. *Il traduttore*.

(3) N.i 1623, 1630.

Digitized by Google

testatore, che l' atto presentato era il suo testamento, essa doveva essere senza nessun valore, stantechè, secondo essi, aveva dovuto decorrere necessariamente un intervallo di tempo tra la redazione del primo atto e quello del secondo.

Una sentenza del tribunale di Tours dei 9 di luglio 1846 autorizzò gli eredi a fare la pruova dei fatti articolati pel doppio motivo, che il testamento e l' atto di soprascrizione sono due atti intieramente distinti, e che se questo fa fede sino alla inscrizione in falso, l' altro non gode della stessa prerogativa.

Ma sull' appello la corte d' Orleans (1) dichiarò inamessibile ed irrilevante la proposta pruova. I principali motivi del suo arresto sono: che verun testo porta, che per disporre nella forma dell' art. 976 il testatore deve sapere o potere parlare nel momento della confezione dell' atto di ultima volontà: che la legge si occupa poco di ricercare, se per mezzo della dettatura o in qualunque altra maniera il testatore ha ottenuto dal terzo, che scrivesse una redazione chiara; e che d' altronde il testatore è in istato di verificare egli stesso per mezzo della lettura la completa conformità della redazione con la sua volontà; che d' altronde quando l' art. 979 permette nel caso, in cui il testatore non può parlare di rimpiazzare la dichiarazione orale con una dichiarazione scritta, ciò deve necessariamente ed unicamente intendersi dell' impossibilità di parlare nel momento, in cui questa dichiarazione orale dovrebbe intervenire.

Aggiungeremo a questi motivi, che sino all' atto di soprascrizione innanzi al notaio, il testamento è in istato di semplice progetto. Quel, che lo rende diffinitivo, è la dichiarazione del testatore, che gl' imprime il carattere di disposizione di ultima volontà. Epperò solo in questo momento si deve guardare lo stato del testatore (2).

Articolo 980 — (906)

I testimoni chiamati per essere presenti ne' testamenti dovranno essere maschi, maggiori, sudditi del Re, e godonti de' dritti civili (a).

SOMMARIO

1669. Disposizione comune a' testamenti nuncupativi scritti ed a' testamenti mistici. — Spetto al testatore di scegliere i suoi testimoni.
1670. Nonpertanto non bisognerà conchiudere da quest'ultima proposizione, che il notaio non sarà mai responsabile dell'incapacità de' testimoni.
1671. I testimoni debbono essere presenti all'insieme di tutto ciò, che costituisca il testamento.
1672. I testimoni debbono essere maschi.
1673. Debbono essere maggiori.
1674. Ed inoltre sudditi dell'imperatore. — Senso delle espressioni, *republicolo*, *regnicolo*, o *suddito*.
1675. Delle parola *cittadino francese* adoprate nella legge di ventoso.
1676. I testimoni debbono godere de' dritti civili. — Delle pene, che vietano al condannato di poter essere testimone.
1677. Dell'incapacità nell'antico dritto de' monaci, dei cavalieri professi di Malta, o de' novizî.
1678. Dell'incapacità degl'interdetti per causa di furore o d'imbecillità. — Dell'incapacità de'sordi e de'ciechi.
1679. *Quid* relativamente a' muti.
1680. I testimoni debbono essere conosciuti.
1681. È qui necessario che i testimoni siano domiciliati nel circondario comunale, ove l'atto è ricevuto?
1682. Nelle campagne basta, che la metà de' testimoni testamentari sappiano scrivere.
1683. Dell'incapacità relativa de'testimoni. — Rinvio.
1684. Dell'epoca, nella quale si deve considerare la capacità de' testimoni.
1685. Il testamento è sempre presunto idoneo.
1686. Della capacità putativa ne' testimoni.
1687. Continuazione.
1688. Continuazione.

COMENTARIO

1669. Questo articolo si applica ai testamenti nuncupativi scritti del pari che ai testamenti mistici, e con esso si termina l' esposizione delle formalità in queste due maniere di testare (b).

Si rimarcherà, che il nostro articolo si serve di queste espressioni « per essere presenti ai testamenti », e che non dice « per assistere il notaro » come l' art. 9 della legge dei 25 ventoso anno XI. E ciò perchè si è potuto voler dare la scelta dei testimoni al testatore (3). Epperò Bigot de Preameneu (4) fa osservare

(1) Orleans, 17 luglio 1847 (*G. del Palazzo*, 1847, 2, 490).

(2) V. questa teoria sviluppata in una requisitoria del sig. Daniels, riferita nel Repert. del sig. Merlin, v° *Testamento*, sez. 2, § 3, art. 3, n. 10.

(a) Uniforme a questo articolo è l'art. 906 delle nostre leggi civili. *Il traduttore.*

(b) Abbiamo detto (nota pag. 119), che l' atto di soprascrizione deve contenere la menzione dell' ora, in cui è stato fatto. Questa disposizione è comune ai testamenti per atto pubblico. *Il trad.*

(3) Grenier, n. 247.

(4) V. Locré, t. XI, p. 234 *in fine*.

nella discussione del consiglio di stato, che « lo stesso testatore sceglie i testimoni. » Il che probabilmente è stato introdotto, onde degli uomini ignoti al testatore e che non hanno la sua confidenza, non venissero iniziati nel segreto delle sue ultime volontà.

1670. Da questa circostanza, cioè dall'essere i testimoni chiamati dal testatore, si è talvolta conchiuso, che non vi potrebbe essere responsabilità da parte del notaio in caso d'incapacità di uno dei testimoni per il motivo, che la richiesta della presenza dei testimoni non è il fatto del notaio (1).

Ma questa conclusione è falsa, se le si vuol dare un carattere generale ed assoluto. Ed in effetti spesso vi è una grande imprudenza da parte del notaro a non prendere veruna precauzione per assicurarsi della capacità dei testimoni. La giurisprudenza tende anche a mostrarsi severa contro di lui, perchè egli è quasi sempre il consigliere naturale delle parti. Così la corte di Douai (2) ha giudicato non essere il notaro irresponsabile dell'incapacità dei testimoni, che nel caso, in cui fosse evidente, di non esservi veruna negligenza da rimproverargli. Un arresto della corte di cassazione dei 15 di luglio 1835 (3) ha rigettato il ricorso prodotto contro un arresto della corte d'Orleans del 1 di agosto 1833, che aveva dichiarato responsabile della nullità di un testamento un notaro per non essersi assicurato della capacità di uno dei testimoni.

Si possono ancora citare due arresti di Lione renduti nello stesso senso; l'uno dei 16 di luglio 1846 (4), l'altro dei 3 gennaro 1842 (5). Nella specie giudicata da questo ultimo arresto la testatrice era una donna di grande età, moribonda, e che per la forza delle cose se ne riportava alla esperienza del notaro per assicurare la validità delle disposizioni, che gli confidava.

1671. Del resto queste espressioni « chiamati per essere presenti », che abbiamo opposte alle espressioni adoprate dalla legge di ventoso, hanno pure un'altra energia, che bisogna rimarcare; esse significano, che i testimoni debbono essere presenti a tutto ciò, che costituisce la confezione del testamento, ed a tutte le formalità, che non possono essere adempite senza il ministero di un uomo pubblico.

1672. La prima condizione richiesta per poter essere testimone in un testamento è di essere maschio.

Le donne non possono servire da testimoni, e la loro incapacità a tale riguardo risale sino al dritto romano, che l'esclude positivamente (6). Doneau ne dà questa ragione: « *Nimirum ut pro inexperientia sexus non satis* « *intelligens eas fraudes, quae in testamen-* « *tis subornandis a peritis architectis earum* « *rerum strui solent* (7) ». . .

Altri interpreti pretendono, che la ragione dell'esclusione delle donne è, che importa, che le ultime volontà non siano rivelate, e che le donne non sanno serbare un segreto. Sono queste delle ragioni poco serie e poco degne; del resto rientrano in quello spirito di desigramento, dal quale gli antichi giureconsulti sono animati relativamente alle donne, che hanno cura di maltrattare in tutte le occasioni. La vera ragione si è, che le donne sia in Roma sia in Francia non hanno mai partecipato alla pubblica podestà, della quale i testimoni istrumentari sono un elemento (8).

1673. La seconda condizione richiesta nei testimoni è, che essi siano maggiori, vale a dire che abbiano anni 21 compiti.

Altravolta esisteva su questo punto una differenza tra i paesi regolati dal dritto romano ed i paesi regolati dal dritto consuetudinario. Nel dritto romano bastava di essere pubere (9). In paese di consuetudine (10) bisogna avere 21 anni compiti.

Ecco la ragione, che d'Aguesseau dà di questa differenza (11): « Nella età di 14 anni in « Roma gli uomini erano capaci di testare, di « stipulare ogni specie di contratti da loro « stessi, e per conseguenza di essere testimoni « sin dalle obbligazioni sia delle ultime dispo- « sizioni degli altri uomini. Per lo contrario « tra noi l'età di disporre dei propri beni per « testamento è molto più ritardata; e perchè « le funzioni di testimoni si approssimano a « quelle dei notari, e che eglino dividono con « loro la confidenza della legge, non si è con- « tento, che abbiano attinto l'età della pubertà, « ma si desidera, che abbiano la stessa età da « fare un testamento. La capacità del testimonio « deve seguire ed imitare quella del testatore ».

Si vede, che il codice non si è arrestato a queste idee, dapoichè sebbene si possa testare nella età di 16 anni, bisogna avere anni 21 compiti per essere testimone in un atto pubblico.

1674. Una terza condizione è di essere suddito dell'Imperatore.

La legge *Hac consultissima* (12) esigeva, che i testimoni istrumentari adoprati nel testa-

(1) Trèves, 18 novembre 1812 (Devill., 4, 2, 198).
(2) Douai, 12 luglio 1838 (Devill., 39, 2, 250).
(3) Devill., 35, 1, 535.
(4) *Giornale di Lione*, p. 11 (1816).
(5) *Giornale del Palazzo*, 1842, 1, 397.
(6) Ulpiano, l. 20, § 6, D., *Qui test facere poss.*
(7) Doneau, *De jure civili*, l. 6, cap. 7, n. 14.

(8) Nella distribuzione de' cittadini romani in classi le donne non erano computate, e per conseguenza esse non potevano rappresentare una classe. — V. le annotazioni di Hilliger *sopra Doneau, loc. cit.*
(9) L. *Hac consultissima*, C., *De testam.*
(10) Art. 39 dell'ord. del 1735.
(11) D'Aguesseau, aringa del 15 marzo 1698.
(12) L. precitata 21, C., *De testam.*

mento fossero cittadini romani; e l'art. 40 della ordinanza del 1735, che non ne era,che la ripetizione, volle, che fossero regnicoli.

In tempo della redazione del codice sotto la repubblica alla espressione di regnicolo si era sostituita quella di « repubblicolo ». Ma questa parola fu nel 1807 rimpiazzata dalla parola « suddito dell'Imperatore. » Repubblicolo, regnicolo, e suddito dell'Imperatore debbono dunque riguardarsi come tre parole sinonime. La conseguenza da trarsene si è,che i testimoni debbono essere francesi. Nulladimeno se ne è ricavata una del tutto opposta (1). Si è fatto fondamento sulla significazione ristretta, che l'etimologia delle parole regnicolo e repubblicolo sembra presentare. Non si poteva mettere « impericolo » (parola, che non è francese), e quindi si è stato obbligato di mettere « suddito dell'Imperatore; ma si è necessariamente serbato a questa parola il senso di regnicolo, vale a dire abitante del regno.

Per confermare che le espressioni « suddito dell'Imperatore » non possono avere qui, che questa significazione, si sono opposte alle parole adoprate dalla legge di ventoso: « Il notaro dovrà essere assistito, dice l'art. 9 di questa legge, da due testimoni cittadini francesi. »

Dunque un individuo,che non sarebbe francese, ma che fosse maschio, maggiore, e che godesse dei dritti civili in Francia, uno straniero per esempio ammesso per autorizzazione dell'Imperatore a stabilire il suo domicilio in Francia, sarebbe capace di essere testimonio di un testamento.

Conformemente a questo sistema la corte di Torino con arresto dei 18 di aprile 1809 (2) dichiarò valido l'atto di soprascrizione di un testamento mistico fatto in Torino, quantunque uno dei testimoni di quest'atto, dimorando da 20 anni in Torino e godendo dei dritti civili, fosse nato in una città dipendente dal Regno d'Italia.

È vero di dire, che tra gli altri motivi la corte di Torino si fondava su che nella traduzione italiana del codice Napoleone, approvata, con decreto imperiale dei 16 di gennaio 1806 la parola « regnicolo » era stata tradotta nelle parole *dimoranti nel regno*.

Del resto questo arresto è il solo renduto in questo senso, e da lungo tempo la quistione è stata risoluta dalla giurisprudenza in senso contrario (3).

E con ragione, giacchè dapprima la parola regnicolo nella nostra antica giurisprudenza è stata sempre opposta a quella di *aubain* (*alibi natus*) ed ha avuto in ogni tempo il significato di suddito di un regno. Domat (4) definiva così i regnicoli: « Chiamiamo regnicoli i sudditi « del re, e gli stranieri sono quelli, che sono « sudditi di un altro stato. » Del resto, ciò che conferma essere la parola regnicolo ben certamente sinonima di francese, e per conseguenza esclusiva degli stranieri, è che l'art. 40 della ordinanza del 1735 dopo di avere adoperata la parola regnicolo aggiunge: « ad eccezione « del testamento militare, nel quale gli stra- « nieri non notati d'infamia potranno servire « da testimoni ».

1675. Quanto alla obbiezione fondata su che la legge di ventoso aveva respinto l'espressione di regnicolo per adoprare le parole « cittadino « francese » potrà forse risultarne una differenza tra il senso di queste due parole, ma la parola regnicolo non dovrà per questo semplicemente dinotare abitante del regno e niente dippiù.

E per rendersi conto di questa differenza bisogna riportarsi all'epoca, nella quale la legge di ventoso ed il codice furono promulgati.

A questa epoca vi era una grande varietà tra la qualità di francese e la qualità di cittadino francese. La qualità di francese dava il godimento dei dritti civili (5). Ma secondo l'art. 7 del codice Napoleone l'esercizio dei diritti civili è indipendente dalla qualità di cittadino, qualità, che por'a con se l'esercizio dei dritti politici. Per avere la qualità di cittadino bisognava, oltre la qualità di francese, avere l'età di anni 21, farsi iscrivere nel registro civico del proprio circondario, ed essere dimorato da un anno sul territorio francese. I dritti propri del cittadino francese erano: 1. di fare parte delle assemblee politiche del suo circondario, di concorrere col suo suffragio nella scelta dei membri del consiglio municipale, de'candidati per le piazze di Giudice di pace e supplenti, e di membri dei consigli elettorali del circondario e del dipartimento; 2. di poter essere promossi ai differenti impieghi.

Si domanderà perchè la legge di ventoso voleva, che gli atti tra i vivi ed i contratti fossero fatti in presenza di cittadini francesi, mentrecchè il codice Napoleone si contenta pei testamenti di testimoni francesi? Si è detto, che era per la ragione di esservi meno testimoni nei contratti, e che per questo motivo si doveva

(1) Delvincourt, t. II, nota 3, sulla p. 86, sig. Vazeille, nota 11, sull'art. 980.

(2) *Palazzo*, 9, 501.

(3) Rennes 11 agosto 1809 (Devill., 3, 2, 123). Rigetto del ricorso contra di quest'arresto dalla camera de'ricorsi della corte di cassazione de'23 gennaio 1811 (Devill., 3, 1, 283). Colmar, 13 di febbraio 1818 (Devill., 5, 2, 363). Tolosa, 10 maggio 1826; e cassazione, camera de' ricorsi 23 aprile 1828 (Devill., 9, 1, 83; *Palazzo*, 21, 1396). *Aggiungi* Merlin, Repert., v° *Testimone instrum.*, § 2, n. 3. Toullier, t. V, n. 395. Grenier, n. 247 *bis*, e le note del sig. Bayle-Mouillard. sig. Duranton, t. IV, n. 105, ecc.

(4) Domat, *Lib. prelim.*, t. II, sez. 2, n. 11.

(5) Art. 8 del C. Nap.

esigere maggiore garentia nella loro persona. Ma si doveva dire ancora, che se si richiede nei testamenti la presenza di più numerosi testimoni, è perchè si vuol avere una pruova più perfetta, ed una più intiera certezza della volontà, che fa il fondamento del testamento. Il fatto è, che questa differenza è capricciosa, e che non può essere sostenuta da verun motivo.

Del resto da lungo tempo non vi è più lista civica, e per conseguenza non esistendo più il mezzo onde divenire quello, che si chiamava cittadino francese, ne siegue, che ogni francese è cittadino francese. e che se le leggi antiche mettevano una differenza sotto il rapporto della qualità dei testimoni tra i testamenti ed i contratti, questa differenza è cancellata per l'impossibilità della esecuzione (1).

1676. Il testimone istrumentario deve godere dei dritti civili.

Ora non esistono più pene, che importino la perdita della vita civile, e si sa, che la legge dei 10 di luglio 1854 nell'abolire la morte civile ha abrogato con ciò le incapacità pronunziate dall'art. 25 del codice Napoleone.

Ma sussistono tuttavia certe pene, che privano il condannato della facoltà di poter essere testimone negli atti.

Gli art. 28 e 42 del codice penale indicano in quali casi s'incorre questa incapacità.

Pei condannati ad una pena afflittiva ed infamante la privazione del dritto di essere testimone è la conseguenza della loro pena. Pei condannati ad una pena correzionale non ne sono privati, se non quando la sentenza ha pronunziato contra di loro questa aggravazione di pena (a).

1677. In Francia, ov' era riconosciuto per costante, che i monaci erano morti civilmente, non potevano servire da testimoni negli atti pinocchè non potevano testare. Questa incapacità si estendeva sino ai cavalieri professi dell'ordine di Malta, e l'ordinanza del 1735 era andata sino a comprendervi i novizi (2).

Ma questi principî erano particolari alla Francia, o per lo meno non erano generalmente ammessi, ed in Italia, per esempio, secondo la legge canonica i monaci non erano per nulla considerati come privi del dritto di cittadinanza (3). D'altronde nulla impediva, che non fossero testimoni dei testamenti ed in altri atti, ed ho veduto la corte di Corsica confermare per questi motivi un testamento ricevuto da un notaio in presenza di sette testimoni monaci o religiosi professi attaccati ad un convento. Credo questo arresto conforme alle leggi, che reggevano la Corsica nel tempo della confezione del testamento, vale a dire al dritto romano misto del dritto italiano (4).

I monaci, che oggi esistono in Francia non sono colpiti da veruna incapacità per dritto moderno.

1678. Vi sono altre incapacità, sulle quali il codice serba il silenzio, e che nulladimeno sono importanti di fare conoscere.

Si comprende facilmente la ragione, che deve fare pronunziare l'esclusione degl' interdetti per causa di furore e d'imbecillità a meno che non siano in un lucido intervallo. Sono eglino privati del grado di percezione, che solo può rendere atto alle funzioni di testimone. La legge romana (5) così decideva: «... *Ne furiosus quidem testis adhiberi potest, cum compos mentis non sit: sed si habet intermissionem, eo tempore adhiberi potest.* »

Del pari tutti coloro conformati di maniera da non potersi assicurare di ciò, che fa il testatore, non possono servire da testimoni: tali sono i sordi ed i ciechi (6).

1679. Il dritto romano (7) escludeva il muto dalla facoltà di essere testimone, ma questo divieto non è più oggi ammessibile. Ed in effetti perchè secondo il dritto romano non potevano essi essere testimoni nei testamenti? Perchè i testimoni dovevano promettere al testatore di rendere testimonianza delle sue disposizioni (repromittere testimonium), o, come dice Doneau (8): «*Quia quod perceperint et recte intellexerint eloqui et testari non possunt, ut mutus* ». Ma siccome quest'uso non ha più luogo in Francia, ne siegue, che per abuso la nostra antica giurisprudenza non ammetteva i muti ad essere testimoni, e che la loro esclusione non può più aver luogo sotto del codice (9).

Molti autori esigono (10) in questo caso, che il testimonio muto chiamato al testamento sap-

(1) V. sulla quistione se un fallito può essere testimone in un atto notariale, un arresto di rigetto della corte di cassazione, de' 10 giugno 1824 (Devill., 7, 1, 474).

(a) Il condannato a' ferri è per l'art. 17 delle nostre leggi penali incapace di essere testimone negli atti, o di deporre in giudizio per altr'oggetto, fuorchè per somministrare semplici indicazioni. In quanto al condannato all'ergastolo, poichè perde i dritti civili, nè può stare in giudizio, non potrebb'essere testimone.

Il traduttore.

(2) Art. 41 dell'ordin. del 1735. Furgole cap 3, sez. 2, n. 19 *in fine*.

(3) C., *De sacrosanct. eccles. In authent. De Monachis: « Ingressi monasteria, ipso ingressu se suaque « dedicant Deo: nec ergo de his testantur; utpote nec « domini rerum.* »

(4) V. Hilliger *su Doneau*, l. 6, c. 7, n. 12, nov. 8: « ...*An et monachi qui servis acquiparantur? Hos non « arceri* » (Clarus, § *Testam.*, quest. 55, n. 7).

(5) Ulpiano l. 20, § 4, D, *Qui test. facere poss.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 176, n. 28.

(6) Instit., § 6, *De test. ordin.* Doneau, *Comm.*, l. 6, c. 7, n. 7: « ...... *Quia sensu percipere non possunt « quod fit, dicitur: non audire ut surdus, non videre ut « coecus.* »

(7) Instit., *loc. cit.*, § 6.

(8) Doneau, *loc. cit.*, n. 9.

(9) Merlin, Repert., v° *Testim. instrum.* § 2, n. 4, *in fine*

(10) Toullier, t. V, n. 392. Duranton, t. IX, n. 104. Coin-Delisle, a. 23, sull'art. 980.

pin scrivere. Il motivo, che ne danno, è, che non potendo esprimere il suo pensiero, che per mezzo di segni equivoci, non sarebbe in istato di rendere una testimonianza certa di quello, che avrebbe veduto e sentito, se in seguito fosse chiamato a deporre sui fatti, che hanno accompagnato la confezione del testamento.

Questa condizione è arbitraria, non è prescritta da veruna legge, nè comandata da veruna ragione d'impossibilità morale e fisica.

In dritto romano, ove la ripromessione doveva sempre aver luogo, si comprende l'esclusione del muto come testimone, ma presso di noi questa esclusione non si comprende più, e l'ipotesi di una iscrizione di falso è troppo secondaria e troppo lontana per applicarla.

Quel che la legge dimanda ai testimoni dei testamenti è di controllare con la loro presenza negli atti le dichiarazioni ricevute e scritte dal notaro. Questo controllo e questa gareotia esistono quando il testimone ha potuto giudicare con la pienezza di ragione e di conoscenza di tutto quello, ebe si è fatto innanzi a lui, e che egli l'approva, sia con la sua sottoscrizione, sia col lasciare attestare il notaro senza contraddizione da sua parte, che avrebbe sottoscritto, se avesse potuto o saputo sottoscrivere.

In quanto ai testimoni, che non intendono la lingua del testatore, si può in qualche modo compararli ai sordi. Del resto noi ci siamo di già espressi a loro riguardo (1).

Tutte queste esclusioni, comunque non pronunziate da veruna legge, sono nondimeno dettate dalla ragione. Imperocchè lo scopo della legge nel chiamare i testimoni ai testamenti è di prevenire le sorprese e di garantire l'adempimento delle formalità. Epperò per ottenere questo risultamento bisogna, che i testimoni veggano il testatore, che sentano quello, che egli dice, che lo comprendano, e che possano certificare, che tutto quello, che l'atto enuncia di essere stato fatto in loro presenza, lo è stato realmente. Bisogna dunque, che non siano nè sordi nè ciechi, e che godino della loro ragione.

1680. I testimoni debbono essere conosciuti, dapoichè come si saprebbe, se un testimone è capace o incapace? È da ciò procede, che la legge di ventoso anno XI (art. 12 (a)) vuole, che tutti gli atti ricevuti dai notai enuncino il nome de' testimoni e la loro dimora.

1681. Abbiamo veduto più sopra (2), che il codice Napoleone è la legge unica e completa, che regge la forma dei testamenti, e che il legislatore ha preso cura di definire la capacità speciale dei testimoni testamentari negli articoli 975 e 980 (b). Così basterà, che un testimone testamentario riunisca le condizioni richieste da questo ultimo articolo, e non si sia in uno dei casi d'incapacità preveduto dallo art. 975.

Nulladimeno si è contraddetto questo punto; si è voluto, che il testimone riunisse inoltre le condizioni prescritte dall'art. 9 della legge di ventoso, (c) e specialmente, che fosse domiciliato nel circondario comunale in cui l'atto è stato fatto.

Questo sistema sostenuto dal signor Toullier (3), è stato rigettato da un gran numero di arresti (4). La giurisprudenza considera, che di due leggi, che dispongono sul medesimo obbietto, la seconda deve prevalere; che la legge di 25 ventoso anno XI ed il codice Napoleone si sono occupati del domicilio dei testimoni testamentari; che se la prima vuole, che i testimoni siano domiciliati nel circondario comunale del testatore, la seconda meno esigente, ma non meno esplicita, si contenta di un domicilio nei paesi e nelle terre di dominazione dell'Imperatore.

Questa giurisprudenza è conforme a ciocchè abbiamo di già detto dell'inapplicabilità della legge di ventoso in quanto alla capacità dei testimoni testamentari, perciocchè avendo il codice regolato questa capacità, esso solo deve essere applicato.

1682. Per conseguenza dello stesso principio diciamo, che l'art. 14 di questa legge, che esige, che tutti i testimoni sappiano sottoscridere, dev'essere senza effetto nel caso, in cui si tratta di un testamento pubblico ricevuto in una campagna (5). In questo caso la sola metà dei testimoni è obbligata di sottoscrivere, il perchè in certi casi si può essere testimone senza sapere sottoscrivere.

1683. Dopo i casi d'incapacità assoluta dei testimoni vengono i casi d'incapacità relativa. Ma noi abbiamo di già esaminati questi differenti casi, e detto quello, che bisogna decidere relativamente ai parenti, affini, e servitori sia dei legatari, sia dei testatori e dei notai (6). Rinviamo a quello, che abbiamo detto a tal riguardo.

1684. L'epoca, nella quale si deve considerare la capacità dei testimoni è quella della confezione del testamento.

(1) N.i 1525 e seg.
(a) Legge sul notariato art. 13. *Il traduttore.*
(2) N. 1603.
(b) Art. 901 e 906 delle leggi civili. *Il traduttore.*
(c) Art. 9 della legge sul notariato. *Il traduttore.*
(3) T. V, n. 367.
(4) Bruxelles, 13 febbraio 1808 (Devill., 2, 2, 346). Limoges, 7 dicembre 1809 (Devill., 3, 2, 156). Douai, 27 aprile 1812 (Devill., 4, 2, 99). Parigi, 18 aprile 1814 (Devill., 4, 2, 384). Rouen, 16 novembre 1818 (Devill., 5, 2, 428). Bordeaux, 17 maggio 1821 (Devill., 6, 2, 416). Orleans, 11 agosto 1823, e cass., rig., 19 agosto 1824 (Devill., 7, 1, 520). Bordeaux, 18 agosto 1823, e Cassaz., rig. (ric.), 10 maggio 1825 (*Palazzo*, 19, 484). Cassaz. (cam. civ.), 4 gennaio 1826 (*Palazzo*, 20, p. 11). Cassaz., rig. (ric.), 3 agosto 1841 (Devill., 41, 1, 865). V. *contra*, cassaz. (camera civ.), 1.° ottobre 1810 (Devill., 3, 1, 237).
(5) N.i 1593 e seg.
(6) N.i 1599, 1600, 1601 e seg., 1633 e seg.

Il dritto romano ci fornisce a tal riguardo la regola seguente: « *Conditionem testium « tunc inspicere debemus, eum signarent, « non mortis tempore. Si igitur tunc eum si- « gnarent, tales fuerint, ut adhiberi possint, « nil nocet, si quid postea eis continge- « rit* » (1).

1685. Un'ultima regola sulla capacità de'testimoni è, che il testimone è sempre presunto idoneo, e che per conseguenza, spetta a colui, che eccepisce la sua incapacità di somministrarne la pruova (2).

1686. Giungiamo ad una terza regola importantissima. La capacità putativa basta in un testimonio, d'onde siegue, che se il testimone è generalmente tenuto per capace, poco importa, che vi sia stata in lui una incapacità ignota (3); ciò risulta non precisamente dalla famosa legge *Barbarius Philippus* (4), che può essere qui citata, a solo titolo di argomento lontano, ma dalla legge 1 del Codice, *De testam. ordin*, e dal § 7 delle Istituzioni, *De testament. ordin.*, che decidono precisamente la quistione. « *Sed eum aliquis ex testibus, te- « stamenti quidem faciendi tempore, liber « existimabatur, postea autem servus appa- « ruit, tam Divus Adrianus Catoni, quam « postea divi Severus et Antoninus rescripse- « runt, subvenire se ex sua liberalitate testa- « mento: ut sic habeatur (firmum), atque si « ut oportebat, factum esset; cum eo tempo- « re, quo testamentum signaretur, omnium « consensu hic testes liberi loco fuerit, neque « quisquam esset, qui ei status quaestionem « moveret* (5) ».

Questo testo è chiaro; ma i comentatori ne hanno abusato per dargli un'estensione, che non è affatto nello spirito del legislatore.

Bartolo voleva, che colui, che eccepiva il difetto di qualità de' testimoni nel tempo della confezione del testamento, provasse pure, che la pubblica opinione era, che fossero incapaci (6). Il che era supporre, che un testimone doveva essere presunto capace dalla pubblica opinione, quantunque il fatto della sua incapacità fosse provato. Ma quest'errore di un gran giureconsulto è stato respinto dalla più parte de'dottori, Baldo, Paolo di Castro, Mantica (7).

La ragione si è, che l'errore non si suppone mai, per lo che s'è provato, il testimone non essere idoneo, si deve supporre, che la pubblica opinione lo considerava come non idoneo, e spetta a colui, che sostiene la validità del testamento, di provare, che i testimoni avevano la capacità putativa nel momento del testamento.

La capacità putativa si stabilisce non solamente per la credenza generale e la pubblica autorità, ma anche per una serie di atti moltiplicati, che le danno della consistenza, e formano come un possesso di stato (8).

1687 Rimarchiamo del resto, che le leggi citate, sono sopratutto applicabili al caso, in cui si tratta d'una incapacità relativa a'dritti civili e politici, come se si fosse preso per testimone un francese morto civilmente, ma generalmente tenuto per capace, ovvero uno straniero, che nella comune opinione passava per francese (9). E la ragione si è, che il notaio, che non ha dubbi sulla verità di questa opinione, non ha ragioni di abbandonarsi a delle investigazioni, che non è nel suo ministero di provocare di officio, se null'a di esteriore desta la sua attenzione. Il buon senso vuole, ch'egli consideri come capace colui, che passa per capace agli occhi di tutti.

1688. Che se si trattasse di una incapacità dipendente dal sesso, dall'età, dalla parentela, bisognerebbe essere molto più difficile per coprirla con l'errore comune (10). Qui può il notaio rischiarare meglio la sua religione. D'altronde vi sono delle apparenze esteriori, che possono colpirlo nel caso di maggior età putativa o nel caso di sorpresa sul sesso.

Poco importerebbe, che il testimone si fosse detto maggiore. Se una simile dichiarazione potess'essere una scusa, essa diverrebbe di stile, e servirebbe ad eludere la legge (11).

Nulladimeno non vorremmo dire d'una maniera assoluta, che l'errore comune non potrebbe in verun caso servire di scusa per coprire la nullità risultante dal difetto di età o di parentela. Possono presentarsi delle circostanze eccezionali, che hanno potuto ragionevolmente accreditare l'opinione, che il testimone era maggiore, e non si vede perchè in tal caso si porterebbe il turbamento nelle ultime

(1) Ulpiano, l. 22, § 1, D., *Qui test facere possunt.* Hilliger *su* Donzou, l 6, c. 7, n. 4. Mantica, l. 2, t. X, n. 11. Furgole, cap 3, sez. 1, n. 5.

(2) Merlin, Repert., v° *Testim. instrum.*, t. XVII, p. 604.

(3) Furgole, *loc cit.*, n. 7. Ricard, part 1, n. 1357. Merlin, Repert., v° *Testim. instrum.*, t. XVII, p. 619.

(4) Ulpiano, l. 3, D., *De officio praetorum.*

(5 Istit., *loc. cit. Aggiungi* Mantica, *De conj. ult. vol.*, l. 2, t. X, n. 1 *e seg.*: « ...*Si communi opinione « testes idonei censebantur, testamentum sustinetur.* »

(6) Sulla la legge *Ad testium*, § *Cond.*, D., *Qui testam. fac. poss.*, n.i 1 e 4.

(7) Mantica, *loc. cit.*, n.i 4 e 5.

(8) Merlin, Repert., v° *Testim. instrum.*, t. XVII, p 621, col. *in fine*. Cassaz., 1.° luglio 1839 (*Giornale del Palazzo*, 1839, 2, 289. Devill., 39, 1, 653).

(9) Limoges, 7 dic. 1809 (Devill, 3, 2, 56. *Giorn. del Palazzo*, t. VII, p. 911). Grenoble, 14 agosto 1811 (Dalloz, *G. G.*, t. V, p. 741). Cassaz. rig. di Colmar, 28 febbraio 1821 (Devill., 6, 1, 389. *Gior. del Palazzo*, t. XVI, p. 413). Metz, 28 marzo 1822 (Devill., 7, 2, 50). Cassaz., rig. 10 marzo 1824 (Dalloz, *G. G.*, t. V, p. 785) Cassaz., rig., 4 agosto 1824 (Devill., 7, 1, 510). Cassaz., rig., 18 genn. 1830 (Devill. 9, 429. *Giornale del Palazzo*, t. XXIII, p. 57. Cassaz., rig., 28 giugno 1831. Devill., 32, 1, 174. *Giorn. del Palazzo*, t. XXII, p. 1751). Amiens, 20 giugno 1838 (*Giorn. del Palazzo*, 1838, 2, 315).

(10) Toullier, t. V, n. 407.

(11) Arresto di Torino, de' 17 febbraio 1806 (Devill., 2, 2, 117. *Giorn. del Palazzo*, t. V, p. 194).

Digitized by Google

disposizioni del padre di famiglia. Il che ha indotto la corte di Aix (1), a mantenere un testamento nelle seguenti circostanze.

Un testamento era stato ricevuto in presenza de' testimoni da un notaio del Circondario di Tolone. Nel numero de' testimoni di questo testamento figurava un certo Recoux, allora dell'età di anni 21 meno trentatrè giorni, ma generalmente considerato come di maggior età. Nella circostanza, di cui si tratta, Recoux aveva dichiarato le sue qualità e la sua filiazione con una intiera buona fede, che l'avevano fatto accettare per maggiore dalle diverse parti interessate, dal notaio, da' testimoni, e dalle altre persone presenti, senza la minima opposizione ed anche senza il minimo dubbio. Del resto, straniero nella comune, nella qual era stabilito da qualche tempo come calzolaio patentato, era stato di già più volte chiamato ad assistere come testimone istrumentario ad una serie di atti pubblici, in numero per lo meno di venti, ricevuti da un altro notaio del comune; posteriormente a questo testamento e prima della sua maggior età aveva pure sottoscritto altri atti notarili al cospetto e con la scienza di una numerosa popolazione.

Il testamento fu attaccato a causa dell'incapacità di questo testimone, ma queste circostanze costituivano evidentemente una notorietà pubblica ben costante, ed erano troppo significative, perchè fosse possibile di rifiutare a questa causa l'applicazione del benefizio dell'errore comune. Epperò si comprende che in questa specie particolare la corte d'Aix si decise per la validità del testamento.

SEZIONE II.

DELLE REGOLE PARTICOLARI SULLA FORMA DI CERTI TESTAMENTI.

ARTICOLO 981 — (907).

I testamenti de' militari e degl'individui impiegati nell'armata potranno essere ricevuti in qualunque paese da un capo di battaglione o di squadrone o da ogni altro ufiziale di grado superiore in presenza di due testimoni, o da due commissari di guerra, o da uno di questi commessari in presenza di due testimoni (a).

SOMMARIO

1689. Del testamento militare in dritto romano.
1690. Del testamento militare nell'antico dritto francese.
1691. Giurisprudenza de' paesi di dritto scritto sul testamento militare.
1692. Giurisprudenza de' paesi consuetudinari.
1693. Continuazione.
1694. Disposizione dell'ordinanza del 1735 su' testamenti militari.
1695. Formalità prescritte dall'art. 981.
1696. Coloro, che sono impiegati nell'armata godono del favore di testare militarmente.
1697. Dello stesso privilegio accordato dal dritto romano a de'semplici cittadini in certe circostanze.
1698. L'ordinanza ed il Codice non hanno riprodotto su questo punto la disposizione del dritto romano.
1699. Causa del testamento del conte Mercy-Argenteau.

COMENTARIO

1689. Prima della legge delle dodici tavole (2), il dritto romano aveva introdotto una forma di testamento particolare pe' soldati.

Ed in effetti il soldato poteva fare il suo testamento *in procinctu*, o, come dicono le Istituzioni e Teofilo, di una maniera molto bizzarra (3), *testamentum procinctum* (4). Nel momento, in cui il soldato era chiamato all'armata, o andava ad abbandonare Roma (5), o anche quando, messo sotto le bandiere, marcia-

(1) Aix, 30 luglio 1838 (*Gior del Pal.*, 1839, 1, 367).

(a) L'art. 907 delle leggi civili dispone:
« I testamenti de' militari e delle persone impiegate « presso l'armata potranno in qualunque paese essere « ricevuti dal Maggiore o da qualunque altro Uffiziale « di grado superiore in presenza di due testimoni, o da « due Commessarii ordinatori, o da un solo in presenza « di due testimoni ». *Il traduttore.*

(2) Plutarco, *Vita di Coroliano*, n. 11. Heinecio, *Antiq. rom.*, l. 2, t. X. XI, XII, §§ 1 e 3. Hugo, *Istoria del dritto romano*, periodo 1, sez. 2, § 107.

(3) Heineccio, *loc. cit.* § 1. Hugo, *loc. cit.*

(4) Instit., *De testam. ordin.* Teophilo, *Parafrasi delle Instit.*, *De testam. ordin.*

(5) Hugo, *loc. cit.*

va ad una spedizione o prendeva parte ad una battaglia (1), poteva, vestito del suo abito di guerra (2), ed in presenza di tre o quattro testimoni dichiarare le sue ultime volontà (3).

Questa maniera di testare, appropriato allo stato di guerra, era circondata da solennità augurali e religiose (4). Essa era caduta in desuetudine in tempo di Cicerone (5), forse a causa della negligenza de'Patrizi a conservare nelle armate i riti sacri (6).

Ma in tempo delle guerre civili e del tempo di Augusto si determinò di restituire a'militari i privilegi anticamente annessi a' testamenti *in procinctu*, poichè era dell'interesse de' capi di fazione e degl'Imperatori d'invitare al servigio con molti privilegi. Giulio Cesare fu il primo (7) a ristabilire questo favore, che uno dei nostri grandi pubblicisti chiama carezzine (8).

Più tardi fu imitato da Tito, Domiziano, Nerva, e finalmente da Trajano, che gli diede tutta la possibile latitudine a fine di carezzare la sua armata (9).

Si ammetteva allora, che il soldato poteva testare militarmente in ogni occasione (10). Ma molte costituzioni (11), specialmente una costituzione di Giustiniano, limitarono questo privilegio de' soldati al tempo della spedizione: « *Cum in expeditionibus occupati sunt* (12) ». Più tardi si vedrà quello che bisogna intendere per ispedizione (13).

Risulta da queste innovazioni imperiali, che il testamento militare emanato il più sovente da persone semplici ed ignoranti del dritto pubblico e civile (14), non ricevè veruna forma del dritto civile, ch'esso entrò nel dominio del dritto delle genti, e che si sostenne per la nuda volontà del disponente. « *Sufficiatque ad* « *bonorum suorum divisionem faciendam nu-* « *da voluntas testatoris..... ut quomodo te-* « *stati fuissent, rata esset eorum volun-* « *tas* (15) ».

La legge 15 del Codice offre un rimarchevole esempio dell'estensione di questo privilegio. « *Si quid in vagina an clypeo litteris* « *sanguine suo rutilantibus adnotaverint,* « *aut in pulvere inscripserint gladio suo,* « *ipso tempore quo in praelio vitae sortem* « *derelinquunt, hujusmodi voluntatem stabi-* « *lem esse oportet* (16) ».

Così un soldato avrebbe validamente disposto de' suoi beni, purchè la sua volontà fosse provata o da una qualunque scrittura o dalla deposizione di due testimoni, chiamati da lui per sentire le sue ultime disposizioni (17).

Nè solamente sulla forma eravi a favore del soldato rilassatezza dalle solennità del dritto civile, ma ancora su di molte regole relative alle solennità interne de' testamenti de' pagani e sulle sottigliezze di dritto.

Così il testamento militare valeva, quantunque i figli fossero preteriti (18).

Così l'istituzione di erede non era necessaria (19).

Così non gli si applicava la regola, che non si poteva morire *partim testatus partim intestatus* (20).

Così il soldato poteva morire con uno e più testamenti, quantunque secondo le regole del dritto civile un medesimo individuo non potesse morire con più testamenti (21).

(1) Velleio Patercolo, l. 2, § 5: « .. *Facientibusque* « *omnibus in procinctu testamenta velut ad mortem eun-* « *dum foret.* »

(2) *Procinctus*, secondo Teophilo, *loc. cit*, significo: vestito dell'abito di guerra. *Procinctus est enim*, dice Cajo, (comm. 2, § 101, *expeditus et armatus exercitus*. V. la nostra *Prefazione*.

(3) Plutarco, *loc. cit.* n. 11. Heinneccio, *loc. cit.* § 3.

(4) Cicerone, *De natura deorum*, l. 2, cap. 3, t. XXX, p. 150 (ediz. Panckoucke).

(5) Cicerone, *loc. cit.*: « ... *Ex quo in procinctu te-* « *stamenta perierunt.* » Ed in effetti si vede ne' *Commentarii* di Cesare (*De bello gallico*, 1, 39) ed in Floro (III, 10), a proposito di una spedizione di Cesare contra i Germani, che i soldati testavano nella forma ordinaria tramezzo i pericoli e lo spavento della guerra. — Nonpertanto sembrava, che il testamento *in procinctu* era ancora in vigore in vita di Catone l'antico. (Cicerone, *De oratore* 1, 43). *Aggiungi* Instit., *loc. cit.* Hugo, *loc. cit.*, periodo 2, sez. 2, § 212.

(6) Heineccio, *loc. cit.*, § 16.

(7) Ulpiano, l. 1, D., *De testam. milit.* Maynard, l. 5, q. 92, n. 8.

(8) Montesquieu, *Spirito delle leggi*, l. 27, cap. 1, nota 8.

(9) Ulpiano, *loc. cit.*, D., *De testam. milit.* Cajo, comm. 2, § 109. Instit., *De testam. milit.*, § 1. Heineccio, *loc. cit*, § 16 Pothier, *Pand*, t. II, p. 224, n. 1. Gibbon, t. IV, p. 500: « .....Giuliano l'Apostata prima « di morire fece il suo testamento militare. »

(10) Parafrasi delle Instit, di Teophilo, *De milit. testam. Proem o.* Ulpiano, *loc. cit.*, Heineccio, *loc. cit.*, § 16 *in fine*.

(11) Antonino, l. 1, C., *De testam. milit.* Costantino, l. 15, *cod. tit.*

(12) Giustiniano, l. 17, C, *De testam. milit.* Instit., Proemio, *De milit. testam*: « .....*Illis autem tempori-* « *bus, per quae citra expeditionum necessitatem in a-* « *liis locis vel suis aedibus degunt, minime ad vindi-* « *candum tale privilegium adjuvantur.* » Pothier, *Pand.*, *loc. cit.*, n. 2.

(13) *Infra*, n. 1701 e seg.

(14) « *Ob nimiam imperitiam.* » dice Giustiniano alle Instit.: « .....*Propter simplicitatem militarem*, » dice Antonino al Codice, l. 3, *De testam. milit.* V. ancora Heineccio, *loc. cit.* § 3.

(15) Formula del mandato imperiale riportato da Ulpiano l. 1, D., *De testam milit.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 224, n. 1. V. Cujacio sul tit. del C., *De testam milit.*

(16) Costantino, l. 15, C, *De testam. milit.* Pothier, *Pand. loc. cit.* p. 226, n. 12.

(17) Furgole, cap. 2, sez. 2, n. 27.

(18) Ulpiano, l. 7, D, *De testam. milit.* Pothier, *Pand*, *loc. cit.*, p. 227, n. 12. Doneau, *Comm.*, l. 6, c. 23, n. 9.

(19) Pothier, *Pand.*, *loc. cit.*

(20) Ulpiano, l. 6, D., *De testam. milit.* Cujacio sulla l. 7 di Pomponio, D., *De reg. juris.*

(21) Paolo, l. 36, § 1. D., *De testam. milit.* Pothier, *Pand.*, *loc. cit.*, n, 27.

Digitized by Google

Così poteva egli istituire ogni sorte di persona, anche quelle, con le quali non aveva la fazione del testamento (1).

Così il suo testamento non era rotto con l'agnizione degli eredi suoi, nè poteva essere attaccato con querela d'inofficiosità (2), e poteva fare de' legati al di là di ciò, che permetteva la legge falcidia (3).

Ma questi privilegi esorbitanti, accordati al soldato, cessavano di pieno dritto un anno dopo, che avev' abbandonato le bandiere. Per lo che il testamento militare era rivocato ed annullato se il testatore non moriva ne l'anno del suo rinvio a casa sua; dopo di questo tempo rientrava sotto l'impero del dritto comune (4).

1690. L'uso del testamento militare fu ammesso e frequentemente praticato (5) nel nostro antico dritto francese; e per lungo tempo fu valido senza scrittura come nel dritto romano.

Froissard (6) ha conservato un esempio molto curioso di un testamento militare verbalmente fatto nel 1388. È il testamento di Goffredo Tasta nera capitano Brettone, che teneva pel partito inglese nelle guerre tra la Francia e l'Inghilterra. Assediato nel castello di Mont-Ventadour nell'Auvergne, Testa-Nera fu gravemente ferito in un attacco fatto da' cavalieri e scudieri di Auvergne. Sì che sentendosi in pericolo di morte, Testa Nera fa avvicinare al suo letto trenta de' suoi più fedeli compagni d'arme, mostra loro col dito un forziere che contiene 30, 000 franchi, de'quali vuole ordinare e disporre; quindi dopo di avere fatto loro promettere di eseguire lealmente il suo testamento, si esprime così: « Primieramente lascio alla cappella di S. Giorgio, ch'è chiusa « qui dentro, dieci mila e cinquecento franchi per le rifazioni.

« Indi alla mia amica, che lealmente mi ha « servito, due mile cinquecento franchi ».

« E poi ad Alano Roux vostro capitano « quattro mila franchi ».

« E a Pietro Roux suo fratello duemila « franchi.

« Ed a' miei domestici cinquecento franchi.

« *Item* il dippiù lo lascio ed ordino come vi « dirò.

« Voi siete, come mi sembra, tutti trenta « compagni di un sol fatto e di una medesima « impresa, e dovete essere fratelli e di un'al- « leanza senza contrasti tra voi. Tutto quello, « che vi ho detto, lo troverete nel forziere. Di- « videtelo dippiù tra voi treota acconciamente, « e se non potete essere di accordo, a che il « diavolo si mette tra voi, vedete là una score « buona e forte e ben tagliente; rompete il for- « ziere, e ne abbia chi potrà ».

Il gran consuetudinario di Francia (7) composto verso l'anno 1409 prova pure, che a quest'epoca i testamenti militari erano in uso.

Questi testamenti fatti di viva voce e senza formalità erano allora approvati e ricevuti, dice Maynard, (8) in tutte le corti sovrane del regno. Il che conferma Dumoulin (9), che insegna, che i testamenti militari potevano farsi senza solennità, e valevano *sine scriptura*.

1691. Ma dopo di allora l'ordinanza di Orléans dell'anno 1560 (10) avendo ordinato, che i testamenti fossero sottoscritti dai testatori, e l'ordinanza di Moulins dell'anno 1566 (11) avendo rigettata la pruova testimoniale per le cose, che eccedono le 100 lire, si dimandò, se i testamenti militari potessero d'ora in poi essere dispensati dalla solennità della scrittura.

Su di che si stabilì una grande divergenza nella giurisprudenza.

Nei paesi di dritto scritto si continuò di giudicare in generale (12) non essere necessario per la validità dei testamenti le formalità della scrittura. Maynard (13) dice di averlo veduto sovente giudicare dal parlamento di Tolosa, e specialmente nella seconda camera dei ricorsi nell'anno 1580 pel testamento di un soldato cha altro non aveva fatto, che dichiararlo ai suoi compagni nel momento di andare all'assalto di Puylaurens, ove immediatamente dopo perì sulla breccia.

Louet (14) riferisce pure un arresto renduto dai collegi giudiziari di Clermont il 22 di novembre 1582, che ammise una donna a fare la pruova del testamento militare di suo padre.

E Brettonier (15), che approva questa giurisprudenza, fa osservare, che richiedere uno scritto sarebbe un abolire i testamenti militari.

(1) Ulpiano, l. 13, § 2, D., *De testam. milit.* Pothier, *loc. cit.*, p. 225.

(2) Ulpiano, l. 7, D, *De testam. milit.* Marcello, l. 8, D., *De testam. milit.* Marcello, l. 29, § *ultim.*, D., *De testam. milit.*

(3) Cajo, l. 17, § 4, *in fine*, D., *De testam. milit.* Heineccio, Instit., t. II, p. 192, 194. Doneau, *loc. cit.*, n.i 9 e 10.

(4) Paolo, l. 38, D., *De testam. milit* Pothier, *Pand.*, *loc. cit.* p. 230, n. 35. Doneau, *Comm.*, lib. 6, t. XXVIII, n. 17, Cujacio sul C., *De testam. milit.* V. *infra*, n. 1704, art. 984.

(5) Brillon v° *Testamento*, n. 39. Vi sono degli editti di Errico III, del 1576 e 1577, che decidono, che i testamenti militari fatti in tempo de' torbidi della Lega sono validi (Brodeau *su Louet*, lett. *T*, somm. 8, n. 5).

(6) Libro 3 delle sue *Croniche*, cap. 132 (ediz. Buchon).

(7) Libro 2, cap. 40.

(8) L. 5, cap. 93, n. 5.

(9) Art. 13 del cap. 33 della *Cons. del Nivernese*.

(10) Art. 83.

(11) Art. 54.

(12) Bretonnier *su Henrys*, 5, 4, 37, n. 12.

(13) Lib. 5, c. 93, n.i 11, 12, 13. V. ancora l. 5, c. 17, n. 6.

(14) Louet, v° *Testam. milit.*, somm. 7. *Aggiungi* gli arresti riferiti da Bernard Automne *su Bordeaux*, art. 64. Papon, l. 20, t. 1, art. 8. Cambolas, lib. 5, cap. 37.

(15) Osserv. *su Henrys*, l. 5, c. 4, quest. 37, n. 13.

Digitized by Google

« Quale apparenza, egli dice, che un soldato, « che va al combattimento o all' assalto, abbia il tempo di scrivere o di fare il suo « testamento? Epperò, egli aggiunge, ciò non « è necessario, e quando un soldato o un uffiziale è ferito a morte, dichiara la sua volontà in presenza di coloro, che sono vicini a lui, i quali vanno poi innanzi il prevosto dell'armata o innanzi uno dei notari « per farne redigere l' atto (1) ».

Ma era altrimenti nei paesi consuetudinari (2), soprattutto in quelli, che erano sotto la giurisdizione del parlamento di Parigi. Malgrado l' autorità di Coquille (3) questo parlamento dopo l'ordinanza di Moulins condannava tutti i testamenti nuncupativi (4); non ammettendo neppure l' eccezione a favore dei militari (5).

Le Bret (6) in effetti riporta, che sulle sue conclusioni nella udienza della gran camera del parlamento di Parigi fu renduto nel mese di giugno 1619 un arresto, che dichiarò nullo, per essere stato fatto senza scritto, il testamento del signor Laadry, capitano, che era stato ucciso nell' assedio di Soissons.

Il perchè Henrys (7), benchè scrivesse in paese di dritto scritto, ma in una provincia soggetta al parlamento di Parigi, pensava, che se la disposizione fosse semplicemente verbale e noncupativa, non ne poteva essere ricevuta la pruova dopo l' ordinanza di Moulins. Quale si fosse il favore, di cui godeva il testamento militare, niente poteva coprire secondo lui la mancanza di scrittura.

1693. Nulladimeno si ammetteva, che il testamento di un militare poteva essere dispensato dalle solennità ordinarie (8). Così con arresto del 19 di maggio 1592 un testamento fatto da un uffiziale nella consuetudine di Sens, fu confermato, benchè non fosse stato osservata la solennità prescritta da questa consuetudine (9).

Così del pari un testamento reciproco, che due uffiziali di artiglieria eransi fatti all' assedio di Dole, fu dichiarato valido sulle conclusioni del signor avvocato generale Talon (10).

Basnage cita un arresto del parlamento di Rouen dei 6 di aprile 1628, che validò il testamento di un militare in ispedizione, ricevuto da un francescano in presenza di due soldati e non sottoscritto dal testatore (11).

1694. L' ordinanza del 1735 ha messo fine a queste divergenze, esigendo, che ogni disposizione testamentaria fosse scritta, e non permettendo più ai militari di testare a viva voce. L' art. 27 prescrive sul testamento di questa classe di persone delle disposizioni sulle quali l' art. 981 è stato in parte calcato (a).

1695. Le formalità, di cui parla l'art. 981, sono estremamente semplici, e non possono dar luogo a grandi difficoltà.

Il notaro è rimpiazzato da un capo di battaglione o di squadrone o da ogni altro uffiziale superiore, o da un commessario di guerra, ora sottintendente militare. Due testimoni debbono assisterli, oppure due commessari di guerra possono instrumentare senza testimoni (12).

In quanto alla sottoscrizione del testatore e dei testimoni, ne parleremo or ora nel comentario dell' art. 998 (13).

1696. Questo favore di testare militarmente è accordato soltanto a' militari, o a coloro, che sono impiegati nelle armate (14) Quest'ul-

(1) Freionnier, *loc. cit.*, assicura di avere veduto più testamenti militari in questo modo, ed inoltre quello del sig. conte d'Albou, che fu ucciso nel 1702 nella guerra d'Italia.

Non è senza interesse di vedere come andassero le cose in simile caso, e crediamo di dovere riferire qui la dichiarazione del maggiore del reggimento de'carabinieri, a' quali il conte di Albou apparteneva.

« *Al signore il gran Prevosto dell'armata d'Italia.*

« Avendo noi saputo, che messer Claudio di Alboe, « capitano de'carabinieri della brigata di Aubeterre, è « stato ferito nella scorta de'foraggi il 30 di giugno ultimo alla testa di una truppa di carabinieri, che comandava, e che prima di morire aveva dichiarata la « sua ultima volontà in presenza di più persone, mercè « la quale dispone di tutti i suoi beni; e siccome nella « mia qualità di maggiore de' carabinieri è di mio dovero di mettere in sicurezza gli effetti degli uffiziali « dopo la loro morte, e di fare mettere in regola le ultime volontà, mi dirigo a voi, signore, per pregarvi « di sentire le persone, ch'erano presenti in tempo della « morte del detto signor d'Albou, che sono depositari « delle sue ultime volontà, ecc..... »

In seguito di quest'atto si trova il processo verbale delle deposizioni de' testimoni sulle ultime volontà del signor d'Alboe.

Del resto non si scorge, che la validità di questo testamento sia stata contrastata.

(2) Basnage, *sulla Normandia*, art. 413, p. 201, col. 2.

(3) *Sul Nivernese*, t. XXXIII, art. 13.

(4) 20 dicembre 1576; 6 giugno 1594; 10 dicembre 1598.

(5) Brodeau *su Louet*, lett. *T*, somm. 8, n. 4,

(6) *Decisioni*, l. 3, cap. 4.

(7) L. 5, cap. 37.

(8) Brodeau *su Louet*, lett. *T*. somm. 8, n. 4.

(9) Louet, *loc. cit.*, n. 1. Ricard, part. 1, n. 1633.

(10) Brodeau *su Louet*, *loc. cit.*, n. 3. Ricard, *loc. cit.*

(11) *Su Normandia*, art. 413, p. 201, col. 1.

(a) Essendo legge presso di noi nella materia de' testamenti il dritto romano, si aveva per valido il testamento del militare, se si provava con due testimoni, anche forestieri ed anche donne, ovvero egli scritto di propria mano, o avere, non per ischerzo, ma seriamente con la propria bocca nominato l'erede. Nè era d'uopo, che i testimoni fossero a quell'atto espressamente chiamati, ma bastava, che vi si fossero trovati presenti per qualunque motivo, sia che il soldato stesse negli accampamenti, sia nelle guarnigioni (*).

(12) V. ancora *Infra*, n. 1700, art. 983.

(13) N.i 1729 e seg.

(14) Testo dell'art. 981.

(*) Aloy et Domat part. 2, libro 3, tit. 1, sezione 3, nota 13. *Il traduttore.*

tima categoria compreode i chirurgi milita ri (1), i cappellnai, tutto il eorpo dell' inteadeaza, i munizioaari, i foraitori, i vivandjeri e le vivaodiere, i servi, eco. ecc., in una parola tutti coloro, che snao inscritti sui coatrolli dell' armata (o come dice Ulpiano *in numeros relati*) (2), ed aache coloro, ehe senza essere iascritti sui controlli, adempioao nell' armata ua officio quslunque, che li faccia assimilare ai militari.

1697. Nel dritto romano si andava più loatano, e si permetteva a dei semplici cittadiai *pagani* (3) di testare militarmente ia certe eircostaaze eccezionali (4) per esempio se uo presideote della proviacia, o ogni altro magistrato civile si trovava esposto ai pericoli della guerra, godeva a causa soltaato del pericolo, che lo miuacciava, degli stessi privilegi del soldato, le cui vieissitudiai divideva (5). Ed era lostesso di ogni altra personn eivile, quale si fosse, ravviluppata nel pericolo (6).

Ma questo privilegio aon produceva il sao effetto ed il testameato noa era valido, che ia quanto il testatore moriva ia paese straniero *(in hostico)* (7). Che se sfuggiva al pericolo, il testameato crollava, e doveva essere rifatto (8).

Del resto bisogua qui rimarcare, che queste persoae eivili ricevevano la loro eapacità dalle circostanze pericolose, dalle quali erano eircoodate, e che molto differenti dal soldato, aoa avrebbero potuto testare ia uoa guarnigione, io aaa stazioae, ia una parola lootaao dal aemico (9).

1698. Queste distiazioai aon sono state riprodotte aè nell'ordınanza del 1735 nè nell'art. 981. E in verun easo le persone puramente civili e straniere all'armata, delle quali il dritto romano si occupava, sono state ammesse a testare *jure militari*.

Circa le persoae, che si trovaoo al seguito delle armate a causa del loro impiego, anche qaaado aoa fossero portate su'quodr (10), esse godono secoado l'ordıaanza e secondo il Codice degli stessi privilegi del soldato, quando si tratta di testare. È questa una classe di persone, ch'è stata assimilata a'soldati, e noa è necessario per la validità del loro testamento *jure militari*, ehe coloro, che ne faano parte, siano avviluppati ia ua pericolo pressante, e vi soccombooo.

L'art. 981 del Codice Napoleoae dice «Gl'ia « dividui impiegati aelle armate » e noa distiogue se si tratta d'iodividui portati o oo su'quadri.

L'ordiaaaza del 1735 coaduce alla stessa iaterpretazioue coo de'termini più espliciti. L'artic. 31 è così coaecpito:

« Coloro, che aoa esseodo aè uffiz'ali aè io« gaggiati aelle truppe, si trovauo al segaito « delle aostre armate o presso i aemici, sia a « causa del loro impiego o funzioui, sia pel « servigio, che rendono a' nostri uffiziali, sia « ia occasioae della fornitura de'viveri e muai« zioni delle oostra truppe, potraano fare le « loro ultime disposizioai aella forma prescrit« ta dagli art. 27, 28, 29, e ae' casi espressi « dall'art. 30 ».

Evideatemeate qaesta disposizioae aoa è, che lo sviluppameato di ciocchè il Codice ha inteso dire eon queste parole: « I testamenti « degl'iadividui impiegati aelle armate... »

1699. Questo è del resto quello, che si può inferire da uo arresto della corte di Liege del 29 prairial anno XII(11). Trattavasi del testamento del conte di Mercy-Argeoteau, miaistro plenipotenziario di Austria attaccato all'armata per trattare secoado le circostaaze eon le parti belligeranti. Questo testamento era stato fatto militarmeate ia Bruxelles il 6 di marzo 1794 a treata leghe dal teatro della guerra, ed il testatore era morto a Londra il 25 di agosto dello stesso anno. Siccome coo questo atto il sig. di Mercy-Argeateau dispoaeva di beai siti io Fraacia, fu attaccato iananzi la corte di Liege dagli eredi msterai del defuato, che gli rimproveravaao di mancare alle condizioni necessarie per la validità del testamento militare. « Esso aoa emanava, eglino dicevaao, da uo « militare, ed era stato fatto in una eittà trao« quilla e lontana dal teatro delle ostilità ».

Ma il testameato fu maatenuto (12), perchè fu riconosciuto, che il sig. di Mercy era stato aggiunto dal suo sovrano alle sue armate io ispedizioae, per guidare le aegoziazioni, che le eircostaoze avrebbero potuto fare nascere relativamente alla pace o alla guerra. È vero, che la causa era subordiaata all'applicazioae del dritto belgio, ma le leggi particolari del Belgico contenevano delle disposizioni simili o quelle dell'ordioaoza e del codice (13).

(1) Arresto del parlamento di Dijon, de'10 dicembre 1657, riferito da Taisaad *sopra Borgogna*, 7, 4, 19.
(2) L. 42, D., *De testam. milit.*
(3) Suetonio, *Vita di Augusto*, 27; *Vita di Galba*, 29. Plinio il giovane, l. 8, *epist.* 25; l. 10, *epist.* 17.
(4) Heineccio, *Elem. juris*, l. 2, t. XI, §§ 505 o 506; e *Antiq. roman.*, l. 2, t. X, XI, XII, § 17.
(5) Ulpiano, l. 1, D., *De bon. poss. ex testam. milit.* Ulpiano, l. 44, D., *De testam. milit.*
(6) Ulpiano, *loc. cit.*
(7) Cujacio, *Recitationes solennes, in titulo* 13, lib. 37, Dig.
(8) Cujacio, *loc. cit.*
(9) *Infra*, n. 1701.
(10) N. 1696.
(11) Merlin, Repert., v° *Testam.*, t. XII, p. 719.
(12) L'azione intentata è stata rigettata con arresto della corte di cassaz. de'28 ventoso an.XIII, Merlin, *loc. cit.*, p. 738).
(13) V. l'aringa del signor Merlin, *loc. cit*, p. 723, col. 1.

Articolo 982 — (908).

Potranno ancora, se il testatore è ammalato o ferito, essere ricevuti dall'uffiziale in capo di sanità, assistito dal comandante militare incaricato della polizia dell'ospedale (a).

SOMMARIO

1700. Del caso, in cui il testatore è ammalato o ferito.

COMENTARIO

1700. Nel caso, in cui il testatore è ammalato o ferito, la legge offre al soldato maggiori facilitazioni per testare. Oltre le persone precedentemente designate, l'uffiziale di sanità in capo, assistito dal comandante militare incaricato della poliz a dell'ospedale, potrà ricevere il suo testamento (1).

Quest'articolo, comunque parla soltanto dell'ospedale, si applica con più forte ragione all'ammalato, ch'è all'ambulanza (2). In questo caso l'uffiziale incaricato di comandare il distaccamento presso di quest'ambulanza, assisterà l'uffiziale di sanità.

Articolo 983 — (909)

Le disposizioni degli articoli soprascritti non avranno luogo che a favore di coloro, che saranno in ispedizione militare, o in quartiere, o in guarnigione fuori del territorio francese, o prigionieri presso il nemico; senza che coloro, che saranno in quartiere o in guarnigione nell'interno possino profittarne, tranneché non si trovino in una piazza assediata, o in una cittadella, o in altri luoghi, le cui porte siano chiuse, e le comunicazioni interrotte a causa della guerra (b).

SOMMARIO

1701. Che s'intendeva in dritto romano per spedizione militare?
1702. Secondo l'ordinanza, ed il Codice, per potere testare militarmente bisogna trovarsi su di un territorio straniero, o essere chiuso in una piazza assediata.
1703. *Quid* se la piazza essendo assediata, vi fosse sospensione di ostilalità.

COMENTARIO

1701. Abbiamo detto (3), che secondo la costituzione di Giustiniano (4), i soldati potevano testare *jure militari*, solamente quando erano occupati nelle spedizioni. Ma che cosa s'intendeva per spedizione nel dritto romano? Bisognava essere necessariamente in battaglia ordinata? I comentatori hanno rischiarato questo punto con le loro ricerche e discussioni, e ne risultano due cose; 1.° che la spedizione suppone uno stato di guerra « un luogo e terra di ostilalità », come dice Maynard (5); 2.° che il militare è in ispedizione anche quando il fatto del combattimento non è peranco imminente, anche quando il soldato è semplicemente in cammino o in guarnigione, purchè lo stato di guerra sia certo.

Cujacio (6) dice, che ogni militare può testare militarmente, quando è in una spedizione o in un campo, o in trinceramenti, o nei quartieri d'inverno, o in una guarnigione, o in posti fissi. « *Ergo qui in expeditione testatur miles, in castris, in fossato, ut loquuntur, imo et in hybernis, ut meum judicium est, in stativis, in praesidiis, jure militari testamentum facere potest* ». Se fosse diversamente, egli aggiunge, si sarebbe obbligato di non ammettere a tal riguardo veruna differenza tra il militare ed il semplice cittadino, che non ha il privilegio del soldato *(paganus)*; perchè quest'ultimo può anche testare militarmente, purchè si trovi su di un campo di battaglia o in presenza del nemico, comechè il

(a) Uniforme a quest'articolo è l'art. 908 delle leggi civili *Il traduttore*.
(1) V. l'art. 27 dell'ord. del 1735, d'onde quest'articolo è stato preso.
(2) Jourdan al consiglio di Stato (Locré, t. XI, p. 236).

(b) Quest'art. corrisponde esattamente all'art. 909 delle leggi civili. *Il traduttore*.
(3) N. 1689.
(4) L. 17, C., *De testam.*
(5) L. 5, quest. 17.
(6) Cujacio, *Consult.* 49, *Recit. solem.*, in *tit.* C., *De milit. test.*

Digitized by Google

pericolo fa nascere per lui un privilegio, che non è annesso alla sua condizione (1): *Alio- « quin nihil distaret paganus a milite; nam « et a paganus in procinctu, in acie, in ho- « stico, quoquo modo testamentum valet* (2) ».

Gotofredo (3) spiego nello stesso senso i termini adoprati do Giustiniano « *qui in expedi- « tionibus occupati sunt... idque*, egli dice, « *sive in castris, sive in fossato, sive in hy- « bernis, sive in praesidiis, sive in stativis, « seu sedibus sedatis, sufficit ergo ut fiat in « expeditione, licet non in procinctu* ».

Se ne concludeva, che da per tutto, ove il soldato per un servizio di guerro, si trovava legato ad una spedizione contra del nemico (4), potevo testare militarmente.

Diversi arresti de'parlamenti hanno ommessa questa interpretazione (5). Uno de' più rimarchevoli è stato renduto in una specie riferita da Maynard, e pronunziato nelle feste di Natole 1578 (6); si trattava di uno scolaro, che arrollato per ondare alla guerra avevo fatto il suo testamento innanzi del suo capitano e del suo sergente maggiore. Questo testamento fu dichiarato valido per privilegio militare. Voglio citarne uo altro non meno preciso. Un uomo, che si era arrollato a To'oso, si porta ai Francescani, e riceve il Santo Socromeolo; poi chiamo due religiosi, de'quali uno ero suo fratello, e rimette loro uno scritto chiuso e suggellato, che dice racchiudere le sue ultime disposizioni, pregaodo loro di attestore in caso di morte, contenere questo scritto la sua ultima volontà. Otto giorni dopo quest'uomo fu ucciso all'assalto. Siccome questo testomento era stato fatto oel partire, fu dichiarato volido o titolo di testamento militare, sebbene fosse fatto in città, e che del resto moncasse delle formolità del dritto comune (7).

1702. L'ordinanza del 1735 nel suo art. 30 ed il codice Napoleone nell'ort. 983 hanno limitato più strettameote i casi, oe'quali si può testare militarmente. Bisogna essere fuori del territorio francese. In quanto a coloro, che sono io quartiere d'inverno, o in guarnigione nell'interno, non possono disporre per testamento militare, che in quonto si trovano in una piazza assediata, o in uoa cittadella, o in altri luoghi, le cui porte sono chiuse, e le comunicazioni interrotte a causa della guerra; il che non avrei veruna difficoltà di estendere ol caso, in cui una parte del territorio francese essendo invasa, come ne' disastri del 1814, l'armata froncese vi si trovasse in istato di guerra, e combattesse ogni gioroo per la difesa del paese.

Credo pure, che ad uno piozza assediata bisogn'assimilare una città in istato di assedio, perchè il soldato vi è esposto a de' pericoli simili o quelli del campo di battaglio, e che dall' altro conto è sottoposto a delle consegne eccezionali e rigorose, che lo pongono al di fuori delle comunicazioni giornaliere, per mezzo delle quali si compiono gli atti della vita civile.

1703. Abbiomo detto, che il nostro articolo non permette di testore militarmente nell'interno, se non in quanto si è io una piazza assediata. Ma se vi fosse sospensione di ostilità, e che le comunicazioni non fossero interrotte nella piazza, si potrebbe tuttovia testare nella formo militare?

Lo quistione si è presentata innanzi la corte di Parigi nel 1815 (8), ed ecco io quali circostanze.

Nel 1814 il generale di divisione Gratico comandava la città di Piacenza assediata dagli Austriaci. Il 25 di aprile fece il suo testamento; l'atto fu ricevuto do un commessario di guerra, che lo scrisse di sua mano in presenza di due testimoni in conformità dell'art. 981 del codice Napoleone. Il generale morì l'indomani.

Il testamento fu attaccato, e si pretese, non essere la città di Piacenza assediata nel momento della confezione del testamento, producendosi in appoggio di quest'allegazione un certificato del Podestà o Sindoco di Piacenza, contenente, che nel decorso dell'anno 1814 i notai non erano stati impediti dall' esercizio delle loro funzioni dalla presenza delle armate straniere, e che avevano continuato a ricevere tutti gli atti, de'quali erano stati richiesti; che per verità gli Austriaci erano il 23 ed il 24 alle porte della città, ma che la notizia dei cambiamenti sopravvenuti in Francia avevano fatto cessare le ostilità; che le armate avevano anche fatta una convenzione, ed erano restate tranquillissime, e che inoltre non vi era stato verun ostacolo nella circolazione interna.

La corte di Parigi dichiarò valido il testamento, e tra gli altri motivi osservò, che la discontinuazione degli attacchi non è stata mai presa per lo fine di un ossedio, perchè vi sono necessariamente degl'intervalli nelle operazioni degli assediaoti.

(1) N. 1697.
(2) Ulpiano, l. 44, D., *De testam. milit.* L. 1, D., *De bonor. possess. ex testam. milit.*
(3) Gotofredo sulla legge 17, C., *De testam. milit.*
(4) Calvino, *Lexicon juris*, verb. *Expediti milit.* Aggiungi Barry, *De success.*, l. 1, t. V, n. 7. Claro, §. *Testam.*, quest. 15, n. 12.
(5) Rouen, 16 aprile 1728 (Basnage, art. 413, *Normandia*). Tolosa, 16 aprile 1648 (Albert, v° *Testam.* n. 48) Dijon, 10 Dicembre 1657 (Taisand, *su Borgogne*, art. 4, n 19). V. Merlin, Report. v° *Testamento*, sez. 2, §. 3, art. 8.
(6) Lib. 5, quest. 17.
(7) Parlamento di Tolosa, 13 aprile 1627 (Cambolas, l. 5, 37. Brillon, v° *Testam.* n. 143).
(8) Parigi, 1 dicembre 1815 (Devill., 5, 2, 76).

Digitized by Google

ARTICOLO 984 — (910).

Il testamento fatto nella forma sopra stabilita sarà nullo sei mesi dopo, che il testatore sarà ritornato in un luogo, ove avrà la libertà di usare le forme ordinarie (a).

SOMMARIO

1704. Differenza tra la legge romana ed il codice in quanto al termine della decadenza.

1705. *Quid* allorchè prima della spirare del termine il testatore è chiamato ad un' altra spedizione.

COMMENTARIO

1704. Abbiamo veduto qui sopra (1), che il dritto romano faceva cadere il testamento militare un anno dopo, che il soldato era stato rinviato a casa sua. La disposizione del nostro articolo differisce in due punti dalla legge romana. Dapprima il termine sotto del codice è solamente di sei mesi; dipoi questo termine comincia a decorrere dal giorno, in cui il testatore sarà ritornato in un luogo, nel quale avrà la libertà di usare le forme ordinarie. In dritto romano il termine cominciava a decorrere dal giorno, in cui il testatore aveva ricevuto il suo congedo. « *Intra annum, quam missus est.* » dice Paolo (2) (b).

1705. Ma se prima dello spirare di questo termine il testatore è chiamato ad un'altra spedizione, il testamento fatto pendente la prima sarà caduco? Il giureconsulto romano, ch'esamina questa quistione (3), è di avviso, che il testamento deve conservare tutta la sua forza per questa ragione, che le due spedizioni sono considerate farne una sola.

Questo motivo attinto nell'equità (*humanius est dicere*) non è inamessibile nel dritto francese, e nulla vieta di venire in soccorso del soldato, che obbligato di cominciare un servizio di spedizione prima di spirare il termine di favore, che gli è accordato, non è stato padrone di scegliere il suo tempo, e vede le necessità del suo servizio prolungare, per così dire, le difficoltà ed i pericoli, che avevano motivato il privilegio, del quale nella prima campagna aveva goduto (4).

ARTICOLO 985 — (911)

I testamenti fatti in un luogo, col quale ogni communicazione sarà intercettata a causa di peste o di altra malattia contagiosa, potranno essere fatti innanzi il giudice di pace, o innanzi uno degli uffiziali municipali del comune in presenza di due testimoni (c).

SOMMARIO

1706. Del testamento fatto in tempo di peste nel dritto romano.

1707. Divergenza della giurisprudenza su' testamenti fatti in tempo di peste nell' antico dritto francese.

1708. Disposizione dell' Ordinanza.

1709. Il Codice esige soltanto due testimoni.

1710 Competenza per ricevere questi testamenti. — Legge de' 9 di marzo 1822.

COMMENTARIO

1706. Si comprende facilmente il motivo, che ha fatto accordare a' testamenti fatti in tempo di peste de' privilegi simili a' testamenti militari. Ed in effetti avviene della peste come della guerra; esse interrompono le comunicazioni, e non permettono di compiere gli atti ordinari della vita civile. La guerra e la peste si somigliano, dice Henry (5), e la seconda è una guerra tanto più pericolosa, che Iddio la fa agli uomini.

Il dritto romano senz'accordare a questi testamenti lo stesso favore de'testamenti militari, permetteva nulladimeno, che in tempo di peste si rallentasse il rigore delle forme ordinarie. Così i testimoni non erano obbligati di presentarsi tutt'insieme, e potevano venire gli uni

(a) La disposizione di quest'articolo è riprodotta nell' art. 910 delle leggi civili. *Il trad.*

(1) N. 1689 in fine.

(2) Paolo, t. 38, *princ.* D., *De testam. milit.*

(b) Nell' antico nostro foro distinguevansi le cause, per le quali era stato rilasciato il congedo. *Il Trad.*

(3) Paolo, *loc. cit.* §. 1 V. Cujacio in questa legge, l. 8, *Quaest. Paul.*

(4) *Infra*, n. 1712.

(c) Corrisponde quest' articolo all'art. 911 delle leggi civili, cui è uniforme. *Il trad.*

(5) L. 5, cap. 4, quest. 37, n. 7.

Digitized by Google

dopo gli altri. Una costituzione di Diocleziano e Massimiano aveva così ordinato (1).

1707. In Francia, ne' paesi di dritto scritto, questo principio era prevaluto, e si considerava, che l'abbandono, nel quale si trovavano gli abitanti di un luogo, infetto dalla peste, meritava una particolare indulgenza, si che venivano affrancati ne' testamenti dal rigore delle solennità del dritto comune.

Si andava pure più lontano del dritto romano, perchè si permetteva di testare in presenza di cinque testimoni invece di sette. Tal'era l'avviso di Henrys (2), e di Maynord (3), e così giudicavasi ne' parlamenti di Provenza e di Grenoble (4). Che anzi il parlamento di Tolosa si contentava, quando il male era violento, di due o tre testimoni (5). La consuetudine di Bajonna (6) si limitava a richiedere pe' testamenti fatti in tempo di peste due testimoni maschi o femmine, o che il testamento fosse fatto per iscritto o senza scritto, ed inoltre s'era fatto per iscritto, lo scrittore veniva contato per un testimone.

E si era pure molto facile sul'a capacità de' testimoni. Albert (7) riferisce che un arresto della gran camera de' 16 di luglio 1654 giudicò, che un testamento fatto in tempo di peste, nel quale vi erano solamente cinque testimoni, de' quali due donne ed un religioso, era valido, e rompeva un primo testamento, nel quale vi erano sette testimoni (8).

Ne' paesi di consuetudine per contrario, e specialmente nel parlamento di Parigi si ricusava agli appestati il dritto di sottrarsi alle solennità ordinarie. Si pensava, che l'abbandono o la malattia infievoliva il testatore, e l'esponeva a delle influenze pericolose, contra delle quali la legge doveva premunirlo, con l'esigere rigorosamente l'adempimento di tutte le formalità destinate ad assicurare le sue ultime volontà.

Brodeaux su Louet (9) cita molti arresti del parlamento di Parigi (10), che annullarono dei testamenti fatti in tempo di peste, perchè erano difettosi sul numero e la qualità de' testimoni.

1708. L'ordinanza 1735 fece cessare queste divergenze, e decise con l'art. 33, che due notai o due officiali di giustizia potrebbero in tempo di peste ricevere i testamenti, nè richiese de' testimoni, tranne il caso, in cui non vi fosse, che un solo notaio o un solo uffiziale di giustizia. Allora i testimoni dovevano essere in numero di due. I preti ebbero anche il dritto di ricevere questi testamenti, facendosi assistere da due testimoni (a).

1709. Il codice ha riprodotto presso a poco questa disposizione dell'ordinanza, almeno nel senso, che richiede soltanto due testimoni. Del resto non è dubbio, che debba essere richiesta la presenza di questi testimoni a tutte le operazioni necessarie per la confezione del testamento, dapoichè la disposizione del dritto romano, che permetteva a' testimoni di comparire l'uno dopo l'altro, non può ricevere qui verun'applicazione.

1710. Del resto i giudici di pace e gli uffizioli municipali non sono i soli, che siano competenti per questa specie di testamenti. La legge de' 9 marzo 1822 (11) relativa alla polizia sanitaria, ha attribuito a' membri delle autorità sanitarie ne'lazzaretti ed altri luoghi sanitari il dritto di ricevere i testamenti in conformità degli articoli 985, 986, 987.

ARTICOLO 986 — (912)

Questa disposizione avrà luogo tanto relativamente a coloro, che saranno attaccati da queste malattie, che a coloro, che saranno ne' luoghi, che ne sono infetti, ancorchè non fossero attualmente ammalati (b).

SOMMARIO

1711. Osservazione.

(1) L. 8, C., *De testam.*: « ..... *Casus majoris ac* « *novi contingentis ratione, adversus timorem conta-* « *gionis, quae testes deterret, licet aliquid de jure* « *laxatum est: non tamen prorsus reliqua testamento-* « *rum solemnitas perempta est. Testes enim hujusmodi* « *morbo oppressos eo tempore jungi atque sociari re-* « *missum est; non etiam conveniendi numeri eorum* « *observatio sublata est.* »

(2) L. 5, cap. 2, quest. 10, n. 3.

(3) L. 5, cap. 16.

(4) Bretonnier su *Henrys*, t. 5, cap. 2, quest. 10, n. 6 e 7.

(5) L. 6, cap. 9.

(6) Nel tit. *De testam.*, art. 8.

(7) V. *Testamento*, art. 38.

(8) V. *infra*, n. 1731.

(9) V. *Testamento*.

(10) 1ª Camera de' ricorsi, 30 agosto 1630; 8 marzo 1638; l'eolecoste 1693.

(a) Il nostro dritto preesistente al Codice era il dritto romano, il quale mentre dispensava dalla simultanea presenza de' testimoni, esigeva l'adempimento delle altre formalità. Conforme a tale disposizione è una Decisione del S. R. C. riferita d'Afflitto (Decisione 25). Ciò però sembrò a' nostri Giureconsulti troppo rigoroso, ma sembrò pure pericoloso il sistema di contentarsi di due soli testimoni, perlochè fu adottato un temperamento medio, movendo dalla regola, che ne' Codicilli bastavano cinque testimoni.

Si ritenne dunque questo stesso numero sufficiente pei testamenti fatti in tempo di peste, ove non se ne potessero avere dippiù. Tal'era pure l'opinione di Gotofredo sulla L. 8, C., *de Testamentis*, nota 14, e del Cardinale de Luca, *De Testamentis*, discorso 25. V. Aloy al Domat. P. 1, L. 3, T. 1, sez. 3.ª nota 16. *Il trad.*

(11) Art. 19.

(b) Quest' articolo è uniforme all' art. 912 delle leggi civili. *Il trad.*

Digitized by Google

COMMENTARIO

1711. In tempo di peste ne' luoghi infetti la presenza anche di quelli, che non sono colpiti dal contagio, è evitata con grandissima cura; per lo che la difficoltà di testare con le solennità abituali del testamento esiste allora per le persone non ammalate, come per quelle ammalate.

L'art. 36 dell'ordinanza del 1735 conteneva la stessa disposizione.

Articolo 987 — (913).

I testamenti menzionati ne' due articoli precedenti diverranno nulli sei mesi dopo che le comunicazioni saranno state ristabilite nel luogo, ove il testatore si trova, o sei mesi dopo ch'egli sarà passato in un luogo, nel quale non saranno state interrotte (a).

SOMMARIO

1712. Rinvio.

COMMENTARIO

1712. Rinviamo su questo punto a quanto abbiamo detto sull' art. 984 (1).

Articolo 988 — (914)

I testamenti fatti sul mare, nel corso di un viaggio, potranno essere ricevuti, cioè:
A bordo de' vascelli ed altri legni del Re dall' uffiziale comandante il legno, o in sua mancanza da colui, che lo supplisce nell'ordine di servizio, l'uno o l'altro unitamente all' uffiziale di amministrazione o a quello, che ne fa le veci.
Ed a bordo de' legni di commercio dallo scrivano della nave o da colui, che ne fa le funzioni, l'uno e l'altro congiuntamente al capitano, proprietario o padrone, ed in loro mancanza a coloro, che li rimpiazzano.
In tutt'i casi questi testamenti dovranno essere ricevuti in presenza di due testimoni.

Articolo 989 — (915).

Su' bastimenti del Re il testamento del capitano o quello dell'uffiziale di amministrazione, e su' bastimenti di commercio quello del capitano, del proprietario, o padrone, e quello detto scrivano potranno essere ricevuti da coloro, che vengono dopo di loro nell'ordine di servizio, conformandosi pel dippiù alle disposizioni dell'art. precedente (b).

SOMMARIO

1713. Motivi, che hanno fatto introdurre il testamento marittimo.
1714. Del dritto francese. — Delle ordinanze di Luigi XIV in questa materia.
1715. Il codice ha permesso il testamento marittimo indistintamente a tutti coloro, che sono sul mare.
1716. Differenti formalità, secondochè il testamento è ricevuto su di un legno da guerra e su di un bastimento della marina mercantile.

COMMENTARIO

1713. Vi sarebbe stata della durezza a privare coloro, che sono in mare della facoltà di testare sotto pretesto, che dipendeva da loro di prendere delle precauzioni a tal riguardo prima d'imbarcarsi. Da un altro lato avrebbe potuto essere pericoloso di attribuire a' testamenti fatti in mare indistintamente lo stesso effetto di quelli, che sono fatti co' solenni ge-

(a) L' art. 913, delle leggi civili riproduce la stessa disposizione di quest' articolo del Codice Napoleone. *Il trad.*

(1) N. 1704.

(b) A questi due articoli corrispondono esattamente gli articoli 914 e 915 delle leggi civili *Il trad.*

Digitized by Google

neralmente richiesti (1). Epperò le legge vi ha provveduto, ed in ogni tempo regole speciali anno state date pel testamento marittimo.

In dritto romano quelli, che facevano parte di una flotta, uffiziali o soldati, potevano testare *jure militari*... e la regione, che ne dà Ulpiano (2) è, che *in classibus, omnes nautae milites sunt*.

Circa a'marini non militari, non si vede, che il dritto romano abbia loro accordato un privilegio analogo.

1714. In Francia si ere stato più largo, e vi erano delle prerogative eccezionali in materia di testamento, attaccate così alla marina mercantile, che alla militare. Due ordinanze di Luigi XIV si erano occupate de' testamenti fatti in mare.

L'ordinanza di eprile 1689 (3) permetteva come il dritto romano agli uffiziali ed elle persone dell'equipaggio su'legni del Re di testare innanzi lo scrivano del bastimento in presenze dell'uffiziale principale che sottoscriveve. Emanato da persone, che appartenevano all'armeta, questo testamento godeva de' privilegi annessi al testamento militare, e poteva comprendere l'universalità de'beni del testatore. Nulladimeno sembra risultare dal testo dell'art. 47 del tit. 3 del libro 4 di quest'ordinanza, che unicamente nel caso di morte sul mare tale testamento riceveva la sua esecuzione.

I testamenti di coloro, che facevano parte della marina mercantile erano regolati dell'ordinanza di agosto 1681 (4), ma non avevano privilegi così estesi come i testamenti della marina militare. Essi non potevano comprendere, se non gli effetti, che il testatore aveva sul bastimento ed i soldi, che gli erano dovuti (5); e bisognava, che lo scrivano della nave, incaricato di ricevere il testamento, fosse assistito da tre testimoni (6). Ed ancora solo nel caso di morte sul mare le ultime volontà del testatore potevano ricevere quelche effetto (7).

Ma sia che il testatore apparteuesse alle marina militare, sia che facesse parte delle marina mercantile, il suo testamento non sarebbe stato valido, se fosse stato fatto nel momento d'imbarcersi (8). Vedremo or'ora quello, che il marino doveva fare per testare, quando nella durata del suo viaggio si trovava e terra momentaneamente (9).

L'ordinanza del 1735, che come abbiamo veduto (10) regolò le forme speciali de'testamenti militari e de'testamenti fatti in tempo di peste, non si occupò de'testamenti marittimi, che restarono sottoposti elle disposizioni delle due ordinanze della marina (a).

1715. Il codice Napoleone non ha adottato la distinzione dell'antica legislazione francese tra'marini militari ed i marini delle marina di commercio in quello, che concerne l'estensione delle loro ultime disposizioni; permette a tutti coloro, che sono sul mare (11) indistintamente, appartenenti ed un bastimento di guerra o ad un bastimento di commercio, di testare dell'universalità, de' loro beni, osservando certe forme particolari. Ma non richiede, come or ora vedremo (12), che il testatore muoja in mare.

1716. Gli art. 988 e 989 (b) indicano quali formalità debbono essere adoprate per ricevere i testamenti marittimi, sia su' bastimenti di guerra, sia su' bastimenti di commercio. Le prescrizioni di questi articoli non hanno bisogno di spiegazione, e ci limiteremo a fare rimarcare la differenza delle formalità secondochè il testamento sarà fatto su di una nave di guerra o su di una nave della marina mercantile. Nel primo caso l'uffiziale comandante riceve il testamento con l'assistenza dell'officiale di amministrazione, mentre nel secondo caso lo scrivano è incaricato di ricevere l'atto con l'assistenze del capitano. Si è senza dubbio temuto, che in quest'ultimo caso il proprietario o padrone non fosse sufficientemente istruito (13).

ARTICOLO 990 — (916)

In tutt'i casi sarà fatto un doppio originale de'testamenti menzionati ne' due articoli percedenti (c).

(1) Valio, Preambolo del tit. 11 del lib. 3, dell'ordin. del 1681.

(2) Ulpiano, l. 1, §. 1, D., *De bonor. possess. ex testam. milit.*

(3) Art. 47 del tit. 3 del lib. 4.

(4) Lib. 3, tit 11.

(5) Art. 2 del tit. precitato.

(6) Art. 1.

(7) Art. 1.

(8) Brillon, Dizion. degli arresti, v° *Testamento*, n. 72. V. il testo dell'art. 1 del titolo precitato: « *I testamenti fatti sopra mare da coloro, che moriranno ne' viaggi....*

(9) N.i 1719 e seg., sull' art. 994.

(10) N.i 1694, 1708.

(a) Del pari che nel dritto romano l'antico dritto patrio non conteneva veruna speciale disposizione pe' testamenti fatti sul mare. *Il trad.*

(11) Art. 988: « I testamenti fatti sul mare nel corso « di un viaggio.... »

(12) N. 17[illegible].

(b) Articoli 914 e 915 delle Leggi civili. *Il trad.*

(13) Delvincour nota 3 sulla pag. 89, t. II.

(c) Pari a quest'articolo è la disposizione dell'articolo 916 delle leggi civili. *Il trad.*

Articolo 991 — (917)

Se il bastimento approda ad un porto straniero, nel quale si trova un console di Francia, coloro, che avranno ricevuto il testamento, saranno obbligati di depositare uno degli originali chiuso o suggellato tra le mani di questo console, che lo farà pervenire al ministro della marina, e questi ne farà eseguire il deposito nella cancelleria della giustizia di pace del luogo del domicilio del testatore (a).

Articolo 992 — (918)

Nel ritorno del legno in Francia sia nel porto dell'armamento, sia in un porto diverso, i due originali del testamento, ugualmente chiusi e suggellati, o l'originale, che rimane, se conformemente all'art. precedente l'altro fosse stato depositato nel corso del viaggio, saranno mandati all'officio del preposto dell'inserizione marittima; questo preposto lo farà passare immediatamente al ministro della marina, che ne ordinerà il deposito, com' è detto nello stesso articolo (b).

SOMMARIO

1717. L' inosservanza delle formalità prescritte da questi articoli non produce la nullità dell' atto.

COMENTARIO

1717. Questi articoli regolano le precauzioni da usarsi per sottrarre il testamento fatto in mare dai pericoli, ai quali è esposto per effetto di naufragi o dei rischi della navigazione. Da che siegue, che l' omessione di queste formalità non deve produrre la nullità dell'atto. Epperò se il testamento fosse fatto in un primo originale, e che il testatore venisse a morire primachè il secondo fosse redatto, il testamento non sarebbe meno valido, imperocchè è evidente, essere questa una formalità estrinseca, la cui inosservanza non potrebbe recare pregiudizio al testatore e cadere sotto la comminazione dello art. 1001 (1).

Articolo — 993 (919)

Sarà fatta menzione sul ruolo del bastimento in margine del nome del testatore della consegna, che sarà stata fatta degli originali del testamento sia nelle mani di un console sia nell'officio del proposto dell'inserizione marittima (c).

SOMMARIO

1718. Scopo della menzione richiesta da quest'articolo.

COMENTARIO

1718. La menzione richiesta da questo articolo non ha altro scopo, che di facilitare agli interessati di procurarsi delle notizie sull' esistenza del testamento; è anche questa una formalità estrinseca e precauzionale, la cui omessione non produrrebbe la nullità del testamento.

(a) Corrispondo quest' articolo all'art. 917 delle leggi civili, cui è uniforme, se non che il nostro art. 917 dispone, che il Console faccia pervenire uno degli originali del testamento, depositato presso di lui, non già al Ministro della Marina, ma al Ministro, dal quale esso Console dipende.

A noi sembra, che la disposizione del Codice Napoleone era da preferirsi pe' testamenti fatti a bordo della marina militare, per la ragione, che al Ministero della marina bisogna dirigersi per tutte le accidentalità del servizio militare di mare. Da esso può aversi notizia delle persone imbarcate, e sembra perciò più regolare, ch' ivi pure si trovasse la notizia del testamento fatto sul mare.

In quanto poi alla marina mercantile la disposizione delle nostre leggi civili sembra più adatta, in mancanza di un ministero del commercio, alla gerarchia dei pubblici funzionari *Il trad.*

(b) A quest' articolo corrisponde l' articolo 918 delle nostre leggi civili, la cui disposizione è uniforme, tranne che il deposito del testamento al ritorno del bastimento del Regno dev' essere fatto all' ufizio della Deputazione di Salute, la quale lo trasmetterà senza ritardo al Segretario di Stato del Ministro, da cui dipende, che ne ordinerà il deposito, com' è prescritto nell' articolo precedente. *Il trad.*

(1) Delaporte, *Pandette Francesi*, sull'articolo 992, p. 356. Vazeille, n. 1, sull'art. 990. Coin-Delisle, n. 1, sull' art. 990, Marcadé, t. 4, n. 65. V. *contra*, Delvincourt, t. 2, nota 2, sulla p. 89.

(c) Uniforme a quest' articolo è l' art. 919 delle leggi civili. *Il trad.*

Digitized by Google

Articolo 994 — (920)

Il testamento non sarà riputato fatto in mare, benchè lo sia stato nel corso del viaggio, se nel tempo, in cui è stato fatto, la nave fosse approdata ad una terra sia straniera, sia della dominazione francese, ove stasse un'uffiziale pubblico francese; nel qual caso non sarà valido, se non quando sarà redatto giusta le forme prescritte in Francia, o giusta quelle usate ne' paesi, ove sarà stato fatto (a).

SOMMARIO

COMENTARIO

1719. Abbiamo detto, che l' eccezione introdotta in favore dei marini ha per condizione, che il bastimento sia in mare (1).

Se la nave approda ad una terra straniera, ove trovasi un uffiziale pubblico, cessa il privilegio del testamento marittimo, perocchè esso è stato unicamente introdotto a ragione della impossibilità di testare *jure comuni*, nella quale il disponente si trova. Per lo che il marino dovrà necessariamente testare secondo le solennità usate nel paese, giusta la massima *locus regit actum* (2), e solamente quando non vi è un uffiziale pubblico, il testatore potrà testare *jure marittimo*, perocchè allora è considerato in mare (3).

1720. Che se la nave approda ad una terra di dominio francese, bisognerà distinguere nello stesso modo, se si trova oppur no un uffiziale pubblico; nel primo caso il testamento dovrà essere fatto nella forma ordinaria; nell' altro si dovrà fare nella forma particolare dei testamenti marittimi.

1721. Ma quando si trova un console francese sulla terra straniera, ove il bastimento approda, sorge la quistione se nell' assenza di uffiziali locali ed indigeni la presenza degli uffiziali di questo consolato fa cessare i privilegi del testamento marittimo.

La soluzione di questa difficoltà dipende da questo punto: i cancellieri dei consolati sono eglino investiti della capacità di ricevere in presenza del console e dei testimoni il testamento del francese? Se sono funzionari capaci di esercitare questo uffizio pubblico, il privilegio del testamento marittimo non potrebbe aver luogo; se sono incapaci, il francese non potendo testare secondo l'uso del paese, poichè supponiamo non esservi in questa contrada uffiziali pubblici idonei, potrà testare *jure marittimo* (b).

È questa una quistione, che esamineremo nel comentario dell' art. 999 (4).

Articolo 995 — (921)

Le sopradette disposizioni saranno comuni a' testamenti fatti da' semplici passaggieri, che non formano parte dell' equipaggio (c).

SOMMARIO

COMENTARIO

1722. Questo articolo ha avuto per effetto di fare cessare il dubbio sulla quistione, se i semplici passaggieri, che non fanno parte dello equipaggio di un legno, avevano il dritto di

(a) Corrisponde a quest' articolo l' articolo 920 delle leggi civili *Il trad.*

(1) *Sopra*, ni 1715 e seg.

(2) Art. 999 Cod. Napoleone. *Infra*, ni 1734 e seg.

(3) Valin, *coment.* dell' art. 1 del tit. 11, del lib. 3 dell' ordin. del 1681.

(b) Se l' ufiziale pubblico straniero ignorasse la lingua francese, e non vi fosse alcuno, che conoscendo la lingua del paese, potesse servire da interprete, vi sarebbe indubitatamente impossibilità di testare secondo le forme del paese, e quindi i privilegi del testamento marittimo dovrebbero ricevere indubitatamente la loro applicazione.

Dubitiamo poi, se essendovi un interprete, si possa escluderli, perchè la legge vuole la certezza della volontà del disponente, e questa certezza non è assoluta nel caso, in cui tale volontà viene riferita da un' altra persona, non investita della fiducia pubblica, e che può ingannarsi, o volere ingannare. Vi è dunque propriamente possibilità di testare nella forma straniera, quando o il testatore conosce la lingua di quel paese, o il pubblico uffiziale la lingua del testatore. *Il trad.*

(4) *Infra*, n 1738.

(c) È uniforme a quest' articolo l' articolo 921 leggi civili.

Digitized by Google

fare un testamento marittimo. L'art. 2 del titolo 11 del libro 3 dell'ordinanza del 1681 vietava al testatore di disporre con questa specie di testamento di altra cosa oltre gli effetti, che aveva sul bastimento, od i soldi, che gli erano dovuti. Do che si conchiudeva non esser questo modo di testamento autorizzato, che per le persone dell'equipaggio. Ma questa interpretazione era stata già combattuta da Valin (1) e da Furgole (2), ed ora un testo positivo permette di testare nella forma particolare dei testamenti marittimi.

Articolo 996 — (922)

Il testamento fatto sul mare nella forma prescritta dall'art. 988 non sarà valido, che in quantochè il testatore morrà in mare, o ne' tre mesi dopo che sarà disceso a terra, o nel luogo, ove avrà potuto rifarlo nelle forme ordinarie (a).

SOMMARIO

1723. Durata della validità del testamento fatto nel mare.
1724. *Quid* se prima dello spirare del termine il marino intraprende un nuovo viaggio senz'avere rifatto il suo testamento?

COMENTARIO

1723. Abbiamo veduto, che sotto l'ordinanza del 1681 il testamento poteva essere eseguito solamente nel caso, che il testatore morisse sul mare (3). Il codice riproduce questa disposizione, ed inoltre proluoga la validità del testamento per tre mesi a datare dal giorno, in cui il testatore è disceso a terra, e si è trovato in un luogo, ove ha potuto rifare il suo testamento nelle forme ordinarie.

Qui farem osservare, che il codice non distingue tra il marino militare ed il marino della marina mercantile. Do che risulta, che il marino de'legni dello Stato, sebbene appartenente all'armata, ha potuto rifare il suo testamento tre mesi di meno del soldato dell'armata di terra. È difficile di dare la ragione di questa differenza.

1724. È possibile, che prima dello spirare de' tre mesi il marino intraprenda un nuovo viaggio senzochè abbia rifatto il suo testamento. Qui si presenta la quistione, che abbiamo esaminata più sopra (4). Per risolverla al punto di vista del testamento marittimo bisogna distinguere tra il marino militare ed il marino mercantile. Il primo, al quale sono dati degli ordini per ricominciare un viaggio, e ch'è obbligato di conformarvisi, si trova nella medesima posizione del soldato privato del termine di grazia di tre mesi per un fatto non suo; egli quindi non sarà responsabile dell'inosservanza del nostro articolo, e bisognerà equamente riunire i due viaggi in un solo.

Non può essere lo stesso del marino mercantile, che comincia un viaggio per solo effetto della propria volontà. E conseguentemente deve, imputare a sè stesso di non avere rifatto il suo testamento ne'tre mesi a contare dalla fine del primo viaggio. Non abbiamo bisogno di dire, che quest'ultima soluzione si applica pure a' passaggieri, il cui viaggio è stato realmente terminato, e che ne intraprendono un secondo pe' loro affari o pe' loro piaceri.

Articolo 997 — (923)

Il testamento fatto sul mare non potrà contenere veruna disposizione a favore degli uffiziali del legno, se non sono parenti del testatore (b).

SOMMARIO

1725. Motivi di questa disposizione.
1726. La proibizione si applica al testamento olografo fatto sul mare come al testamento marittimo.
1727. La sola disposizione fatta in disprezzo di questo divieto sarebbe colpita da nullità.
1728. Eccezione alla proibizione stabilita dall'art. 997

(1) Valin, sull'art. 1 del tit. 2 del lib. 3 dell'ordin. del 1681.
(2) Furgole, cap. 2, sez. 2, n. 9.
(a) La disposizione di quest'articolo è testualmente riprodotta nell'art. 922 delle leggi civili. *Il trad.*
(3) N. 1714.
(4) N. 1705.
(b) A quest'articolo è uniforme l'art. 923 delle leggi civili. *Il trad.*

Digitized by Google

COMENTARIO

1725. Questo articolo ha per iscopo d'impedire l'influenza degli uffiziali del legno sull'animo del testatore. Gli uffiziali del legno sono simili a' medici ed a' confessori (1); perocchè le circostanze della navigazione concedono loro un impero ed un'autorità, della quale la legge ha ragione di diffidare. Del resto rimarcate, che qui non si tratta soltanto dell'incapacità dell'officiale o degli officiali, che ricevono il testamento. La proibizione di quest'articolo, conforme all'articolo 3 del tit. XI del libro 3.° dell'ordinanza del 1681, si applica a tutti gli uffiziali. Ogni disposizione a favore di un officiale, fatta in un testamento ricevuto nella forma marittima, sarà dunque nulla, salva l'eccezione, che or'ora vedremo (2).

1726. Quello, che diciamo del testamento speciale fatto in mare si applica al testamento olografo, che sarà fatto, pendente la navigazione. Il nostro articolo è generale ed assoluto, ed abbraccia ogni qualunque testamento senza lasciare luogo a distinzioni. Tal'era pure il dritto ricevuto sotto l'ordinanza del 1681 (3). Il che Valin ha benissimo provato con la combinazione degli articoli 1, 2, 3. Non è probabile, che il codice abbia voluto allontanarsi da quest'uso. D'altronde la presunzione di captazione e di suggestione, come quest'autore dimostra, esiste pel testamento olografo come pel testamento ricevuto nella forma marittima (4).

1727. Del resto qui non si tratta del testamento per intiero, ma solamente della nullità della disposizione fatta a favore dell'officiale (5).

1728. L'incapacità di ricevere, della quale sono colpiti gli uffiziali di un naviglio, scomparisce, se sono parenti del testatore. E per parenti intendiamo qui i parenti sino al duodecimo grado. poichè sino a questo grado soltanto la legge contra i parenti nella successione, e perchè al di là di questo grado la parentela non produce più effetti civili. Altrimenti non vi sarebbe più limite da assegnare alla parentela, che diverrebbe indefinita (6).

ARTICOLO 998 — (924)

I testamenti compresi negli antecedenti articoli di questa sezione saranno sottoscritti dal testatore e da coloro, che li avranno ricevuti.

Se il testatore dichiara di non sapere o potere sottoscrivere, sarà fatta menzione della sua dichiarazione, come dello causa che gli vieta di sottoscrivere.

Nel caso in cui è richiesta la presenza di due testimoni, il testamento sarà sottoscritto per lo meno da uno di loro, e sarà fatta menzione della causa, per la quale l'altro non ha sottoscritto (a).

SOMMARIO

COMENTARIO

1729. Questa disposizione concerne le tre specie di testamento, delle quali si è parlato: testamenti militari, testamenti fatti in tempo di peste, e testamenti marittimi.

Questi testamenti debbono essere sottoscritti dal testatore, a menochè non dichiari la causa, che gli vieta di sottoscrivere, nel qual caso ne viene fatta menzione. Colui, che riceve il testamento, è obbligato di sottoscriverlo, e nel caso in cui è richiesta la presenza di due testimoni, almeno uno di loro dovrà sottoscrivere, e sarà fatta menzione della causa, per la quale l'altro non avrà sottoscritto.

1730. Tali sono le formalità prescritte pei testamenti eccezionali, de' quali si tratta. Il codice le ha rese tanto semplici, quanto è possibile: esso ha voluto esonerarli da certe precauzioni, senza dubbio utilissime ne' tempi ord-

(1) Art. 909 del Cod. Napoleone.
(2) N. 1728.
(3) Valin, *coment.* sull'art. 3 del tit. 11 del lib. 3.
(4) Valin, *loc. cit.*
(5) Delaporte, *Pand. franc.*, sull'art. 997. Coin-Delisle, n. 6, sull'art. 997. Vazeille, n. 1, sull'art. 997.
(6) Maleville, sull'art. 997; Duranton, t. IX, n. 107. V. *contra*, Vazeille, *loc. cit.*
(a) Quest'articolo è riprodotto esattamente nell'articolo 924 delle leggi civili. *Il trad.*

Digitized by Google

nari, ma l'osservanza delle quali sarebbe stata troppo difficile nelle circostanze di guerra, di peste, e di viaggio in mare.

Epperò non sarà necessario, che il testamento del soldato, dell'appestato, e del marino sia dettato come il testamento ricevuto per atto pubblico nella form'ordinaria (1). Il pensiero del disponente potrà essere comunicato all'uffiziale istrumentario per mezzo di uno scritto o anche di segni (2). Il dritto romano permetteva al soldato di testare per gesti (3), e poichè questo modo così sovente eloquente, è approvato dal dritto naturale e dalla ragione, e ch'è riconosciuto potersi fare per gesti una donazione tra vivi (4), non si comprende, perchè il soldato, gravemente ferito, perchè l'ammalato colpito dal contagio, non potrebbero dichiarare col linguaggio di azione la loro volontà suprema, quando non troviamo nella legge verun testo, che lo vieta.

Così ancora i funzionari, che in questi casi speciali la legge incarica di ricevere i testamenti, potranno dispensarsi dallo scriverli eglino stessi (5). Abbiamo veduto, che la legge impone a' notai l'obbligazione di scrivere essi stessi, quando si tratta di testamenti per atto pubblico (6), e di testamenti militari (7), ma qui la legge è muta su quest'obbligazione; nè può risultare dal senso naturale della parola «ricevuto», della quale si servono gli articoli 981, 982, 989, 991, e 998 del codice Napoleone (a), perciocchè questa parola non ha per se stesso questo senso, come se ne può essere convinto pel ravvicinamento degli articoli 971 e 972 (b). Da un altro canto la legge di ventoso anno XI, che si occupa specialmente degli atti «ricevuti» da' notai, non impone loro in veruna parte l'obbligazione di scriverli essi stessi (8). Infine si può dire, che la legge prescrivendo espressamente nell'art. 998 la sottoscrizione de' funzionari incaricati di ricevere i testamenti speciali, sembra di non volere nulla al di là.

Così per ultimo non è indispensabile, che l'uffiziale instrumentario constati, che il testamento è stato letto (g); questa constatazione non è comandata dagli articoli 981 e seguenti (c), e la legge suppone, che la sottoscrizione non sarà apposta dal testatore e da' testimoni senza una precedente lettura; tale sottoscrizione fa supporre, che la lettura è stata data.

1731. Nulladimeno vi sono delle condizioni generali, che debbono essere osservate ne' testamenti, de' quali la nostra sezione si occupa, perchè la sezione precedente ne fa una regola.

Così l'art. 967, che dispensa il testamento dal contenere una istituzione di erede, e l'art. 968, che vieta i testamenti reciproci congiuntivi, sono applicabili (10) (d).

Dippiù l'art. 980 relativo alla qualità de' testimoni regola pure i testamenti speciali, dei quali si tratta (11), ed ora non si potrebbe più giudicare, come faceva il parlamento di Tolosa (12), che i testimoni di un testamento ricevuto in tempo di peste, potessero essere del sesso feminile.

Del resto circa i testimoni del testamento militare una istruzione data dal Ministro della guerra il 24 brumajo anno XII (13) ricorda, che i testimoni debbono essere maschi e maggiori.

Le regole tracciate dal codice nell'articolo 975 (e) sulla capacità relativa de' testimoni trovano anche in questa materia la loro applicazione (14); e se vi fosse tra' testimoni un legatario o un parente o un affine di un legatario in un grado vietato, malgrado la sua forma privilegiata il testamento sarebbe nullo. Questo è anche uno de' punti preveduti dalle istruzioni del Ministro della guerra.

1732. Ma questi testamenti debbono essere datati sotto pena di nullità? L'art. 38 dell'ordinanza del 1735 prescriveva la data per ogni specie di testamento senza distinzione. Il codice Napoleone non ne ha parlato, che pel testamento olografo (art. 970 (f)); e circa a' testamenti per atto pubblico o in forma mistica la sola disposizione espressa, che obbliga i notai a datarli, è quella dell'art. 12 della legge dei 25 ventoso anno XI (g). Nulladimeno l'obbligazione della data ci sembra indispensabile. In generale la data è una formalità essenziale degli atti (15). Da un altro lato non si può supporre, che il codice abbia avuto l'intenzione di allontanarsi dall'uso generale seguito nel momento della sua promulgazione, e così imperativa-

(1) Coin-Delisle, n. 9, *Osserv. speciali* alla sez. 2 del cap. 5 del tit. 2 del lib. 3.

(2) Coin-Delisle, *loc. cit.*

(3) *Sopra*, n.i 1439 e 1558. L. 1 e 4, D., *De testam. milit.* L. 3, C., *De testam. milit.*

(4) N.i 539 e 1137.

(5) Coin-Delisle, *loc. cit.*, n. 8.

(6) N. 1630, sull'art. 972.

(7) N. 1637, sull'art. 976.

(a) Articoli 907, 908, 915, 917, e 924 delle leggi civili. *Il traduttore.*

(b) Articoli 896 ed 897 delle leggi civ. *Il trad.*

(8) V. l'art. 13 di questa legge. Vi è dippiù: una deliberazione della camera de' notai di Parigi ha anche autorizzato i notai a fare uso delle formole stampate per certi atti, che sono chiamati a ricevere. Tali sono gli atti di società commerciali, e gli atti concernenti le amministrazioni pubbliche e particolari (Devill., 50, 2, 582).

(9) Coin-Delisle, *loc. cit.*, n. 7.

(c) Leggi civili, art. 907 e seg.

(10) Coin-Delisle, *loc. cit.*, n. 5.

(d) Art. 892 ed 893 delle leggi civili. *Il trad.*

(11) Coin-Delisle, *loc. cit.* n. 17.

(12) *Sopra*, n. 1707. Arresto de' 15 di luglio 1654.

(13) Sirey, anno XII, 2, 743.

(e) Art. 901 delle leggi civili. *Il trad.*

(14) Coin-Delisle, *loc. cit.* n. 11.

(f) Leggi civili art. 895. *Il trad.*

(g) Legge sul notariato de' 23 di novembre 1819, art. 12. *Il traduttore.*

(15) Valin, *loc. cit.*, sull'art. 1.

Digitized by Google

mente prescritto dall'ordinanza del 1735. Senza data come si potrebbe sapere, se il testamento è stato fatto in una spedizione o in tempo di peste, ovvero se è stato fatto su mare durante un viaggio marittimo, o in un luogo di fermata, ove trovavansi degli ufficiali pubblici, la cui presenza faceva cadere il privilegio del testamento marittimo? La data è dunque una formalità necessaria, e non è ricevere un testamento il riceverlo senza la data, ch'è destinata a completarlo. È inutile poi di osservare, che la data comprende il giorno, il mese, e l'anno, come più sopra abbiamo detto (1), e questo pure fa osservare Valin in un caso analogo (2).

1733. Si è dimandato se i notai possono ricevere eziandio nelle circostanze prevedute dalla sezione 2.ª i testamenti speciali, de'quali si tratta, conformandosi alle prescrizioni degli art 982 e seguenti circa il numero de'testimoni. Secondo l'ordinanza del 1735 avevano questa facoltà (3), e non vi sarebbe plausibile ragione di contrastare loro un tal dritto al di d'oggi. Eglino presentano la stessa garentia dell'ufficiale, del quale la nostra sezione si occupa, ed i motivi per ridurre il numero de' testimoni sono gli stessi, quale si sia la qualità del funzionario. Per lo che non crediamo, che il notaio sia astretto per un testamento militare o per un testamento fatto in tempo di peste a seguire le regole ordinarie de'testamenti per atto pubblico (4).

Articolo 999 — (925)

Un francese che si troverà in paese straniero potrà fare le sue disposizioni testamentarie con atto sotto firma privata com' è prescritto nell' art. 970, o con atto autentico con le forme usate nel luogo, ove quest' atto sarà fatto (a).

SOMMARIO

1734. Dell' applicazione della regola *locus regit actum* in materia di testamento.
1735. Giurisprudenza sotto il Codice Napoleone.
1736. La forma del testamento olografo è una forma solenne, che appartiene alla legge del paese, ove il testatore si trova.
1737. Nondimeno è valido pel potere della legge del domicilio il testamento fatto da un Francese in paese straniero
17.8. I concellieri de' consolati potrebbero ricevere i testamenti de' Francesi?

COMENTARIO

1734. Quest'articolo permette al francese, che si trova in paese straniero, di seguire la legge municipale relativamente al testamento olografo. Ma quando vuol fare un testamento in un'altra forma, lo soggetta alle solennità usate nel paese, che gli dà asilo e protezione.

In quest'ultimo caso il francese è obbligato di prendere ad impronto dalla sovranità, sotto della quale vive momentaneamente, i mezzi da constatare autenticamente la sua volontà. Il dritto delle genti vuole, che gli atti pubblici facciano fede, anche fuori della sovranità, in cui sono stipulati, ancorchè le parti siano straniere. Il commercio de'popoli sarebbe grandemente molestato, se colui, che fuori del suo paese non può contrattare o testare, che per le sole forme, che sono a sua disposizione, trovasse increduli le leggi della sua patria, per modo da non tenergli conto di un prestito, che la necessità l' obbliga di ricevere (5). Di là la massima *locus regit actum* (6).

Questo pure aveva deciso l'ordinanza del 1735, i cui articoli 32 e 37 avevano terminato la gran controversia esistente tra gli autori per sapere, se il testamento doveva essere regolato dalla legge del domicilio, quella del luogo della situazione de' beni, o quella del luogo della confezione; essi avevano sanzionata la regola: *locus regit actum*.

1735. Citeremo qui qualche rimarchevole esempio della sua applicazione sotto il codice Napoleone.

E dapprima è stato giudicato, che un francese, ch'è in Inghilterra, può fare il suo testamento secondo le forme usate in questo paese pe'testamenti solenni, e che consistono nell'apposizione della sottoscrizione del testatore e di quella di quattro testimoni, a' quali il testamento è stato presentata, senza il concorso di verun ufficiale pubblico (7).

Un secondo esempio ci è dato da una specie, nella quale il testatore aveva seguito le

(1) *Sopra*, nⁱ 1479 e 1513.
(2) *Loc. cit.*, art. 1.
(3) Art. 27 e 33.
(4) Coin-Delisle, n. 19, *loc cit.* Bayle-Mouillard *su Grenier*, n. 278.
(a) Uniforme a quest' articolo è l' art. 925 delle leggi civili, *Il trad.*

(5) Loyseau. *Off.*, l. 1, cap. 6, n. 104.
(6) *Sopra*, n. 527 Foelix, *Trattato del dritto internazionale privato*, n. 49.
(7) Rouen, 21 luglio 1840 (*Giorn. del Palazzo*, 1840, 2, 728. Devill, 40, 2, 513). Cassaz., rig. del ricorso diretto contro di quest' arresto 6 febbraio 1843 (*G. del Palazzo*, 1843, 1, 288. Devill., 43, 1, 209).

Digitized by Google

forme testamentarie usate in Ungheria. È stato giudicato, che il testamento fatto da un francese in questo paese è valido, quando uniformemente all'ordinanza di Presbourg, che vi fa legge, ha avuto luogo nella forma nuncupativa innanzi al giudice della nobiltà e ad un assessore giurato (1).

Si trova in terzo luogo un arresto, che decide, che un francese essendo in Sardegna, aveva validamente fatto un testamento per atto mistico, quantunque il notaio, che l'aveva ricevuto, non avesse scritto di sua mano l'atto di soprascrizione, perocchè lettere patenti dei 10 di ottobre 1840 autorizzavano i notai di Sardegna a dispensarsi dallo scrivere di propria mano (2).

Infine un arresto della corte di Pau de' 26 di luglio 1853 ha dichiarato valido il testamento di un francese fatto alla Luigiana conformemente alla legge di questo paese, vale a dire scritto di una mano straniera, e rivestito della sottoscrizione del testatore apposta in presenza di cinque testimoni (3).

Questi esempi basteranno per mettere in tutta la sua luce la regola *locus regit actum*.

1736. La forma olografa essendo una forma solenne ne' paesi, ov'è autorizzata, appartiene per conseguenza agli stranieri. Si sono elevati de'dubbi a tale riguardo, perchè nel testamento olografo il testatore è il ministro della sua volontà, nè ha bisogno de' soccorsi degli officiali pubblici del paese. Ma questa non è un' obiezione seria. Il testamento olografo, quantunque scritto dal testatore, non è uno scritto sotto firma privata ordinario. Esso ha una forma solenne, come diceva l'articolo 289 della consuetudine di Parigi; la legge del paese gl'imprime questo carattere di solennità, il perchè appartiene all'insieme delle forme pubbliche e solenni, alle quali si è obbligato di conformarsi, e che del resto sono tutte uguali tra loro sotto il rapporto della fede e dell'autorità (4).

L'antica giurisprudenza offre differenti rimarchevoli monumenti, che confermano la nostra proposizione.

Giovanni Milhau, cancelliere in capo della corte de' Suppleati, (*cour des aides*) di Montpellier, aveva fatto a Parigi un testamento olografo, che essendo stato arguito di nullità, fu dichiarato valido con arresto del parlamento di Tolosa de' 10 di febbraio 1734 (5).

Con arresto de' 15 di luglio 1777 fu anche deciso nel parlamento di Parigi, che un testamento olografo fatto a Parigi dal vescovo di Valenza era valido, quantunque il defunto fosse stato per tutta la sua vita domiciliato in paese di dritto scritto (6).

Infine per arresto di rigetto della corte di Cassazione de' 28 pratile anno XIII, fu parimenti dichiarato valido il testamento, che il sig. Brunel, membro della convenzione, domiciliato a Breziers, aveva fatto nelle prigioni (Conciergerie) di Parigi nella forma olografa il 15 brumajo anno II (7).

Sotto del codice Napoleone la quistione non potrebbe ricevere una diversa soluzione, il che vien provato da numerosi monumenti di giurisprudenza.

Così è stato giudicato, che un Inglese viaggiando in Francia, può testare nella forma olografa, benchè le leggi del suo paese non ammettono questa forma, e che l'esecuzione del suo testamento dev'essere ordinata da'tribunali francesi (8). Ma bisogna allora, che le prescrizioni richieste dal codice per la validità del testamento olografo siano state fedelmente osservate a pena di nullità (9).

1737. Del resto questo punto di dritto così semplice era stato contradetto da Ricard, che non era risalito a' veri principî della materia (10). Se non che quest'autore aveva presentato un punto di vista ingegnoso in quanto concerne il testamento olografo, fatto da un francese in un paese, ove questa forma non è adottata. Pensava, che in questo caso il testamento olografo era valido pel potere della legge del domicilio. Il testatore, egli diceva, è il solo ministro delle sue disposizioni; riceve dalla legge municipale la capacità di testare ed il carattere necessario per imprimere la solennità alla sua volontà. Questo carattere è come inerente ed attaccato alla sua persona; può usarne ove si trova, perchè l'accompagna da per tutto. Ma questa opinione, benchè approvata da Boulleanois (11) era assai generalmente rifiutata nell' antica giurisprudenza.

Furgole (12) combatteva Ricard, che metteva

(1) Cassaz., rigetto del ricorso contro un arresto della corte di Colmar, 30 novembre 1831 (Devill., 1832, 1, 51).

(2) Parigi, 19 aprile 1853 (*Gazzetta de' tribunali* de' 20 aprile 1853. Devill., 1853, 2, 370).

(3) Devill., 1853, 2, 571.

(4) Conclusioni dell' avvocato generale sig. Gilbert des Voisins (causa Pemmereuil) (Merlin, Repert., t. VII, v° *Testamento*, p. 751, col. 1 e 2.)

(5) Furgole, cap. 2, sez. 2, n. 22.

(6) Antica *Gazzetta de' tribunali*.

(7) Merlin, Repert., t. XIII, v° *Testamento*, p. 745.

(8) Parigi, 7 luglio 1845, e Cass., 25 agosto 1847 (Devill. 1847, 1, 712).

(9) Parigi, 25 maggio 1852 (causa Conilly) (*G. del Palazzo*, 1852, 2, 232). Cassaz., rigetto del ricorso contro quest' arresto, 9 marzo 1853 (*G. del Palazzo*, 1853, 2, 180). Arresto della Corte di Parigi, de' 21 giugno 1850 (causa Brandon) (*Giornale del Palazzo*, 1850, 2, p. 187). Trib. di 1ª istanza della Senna, 21 giugno 1826 (causa Forster) (*Gazz. dei tribunali*, n. 211). Merlin, Repert., v° *Testamento*, sez. 2, § 4, art. 1, n. 3, p. 743. Foelix, *Dritto internazionale*, n. 55. *Sopra*, n.i 527, 1465.

(10) Ricard, disertazioni postume impresse al seguito del suo trattato della *Donazione reciproca*, cap. 7, n. 311.

(11) *De' statuti reali e personali*, part. 2, t. II, cap. 3, *observ.* 34.

(12) Cap. 2, sez. 2, n. 22.

Digitized by Google

Ricard, che metteva in contraddizione con sè stesso, opponendogli un passo del suo trattato *delle Donazioni* (1). Tal era pure l' avviso di Pothier (2), ed il fondamento di questo modo di vedere era la stretta applicazione della regola, *locus regit actum*. Questa regola sembrava mettere un ostacolo invincibile al potersi fare un testamento olografo in un paese, ove questa forma era proscritta.

Il signor di Pommereuil, domiciliato a Parigi, aveva fatto un testamento olografo nella città di Douai, ove questa forma di testamento non era ricevuta. Per arresto del parlamento di Parigi dei 25 di gennaio 1721 il testamento fu annullato (3). Le conclusioni dell' avvocato generale Gilbert des Voisins (4) conformi allo arresto, si aggirano su questa idea, che la validità dell' atto deve giudicarsi della legge del luogo, ove ha ricevuto l' esistenza.

Più anticamente un arresto del parlamento di Parigi dei 10 di marzo 1620, aveva giudicato, che un testamento olografo fatto a Bruxelles da un domiciliato a Parigi era assolutamente nullo (5).

Del pari un altro del parlamento di Parigi annullò il testamento di un parigino fatto in Roma sotto la forma olografa, che là non era ammessa (6).

Infine un arresto di cassazione dei 20 di agosto 1806 dichiarò nullo il testamento fatto a Bordeaux nella forma olografa da un mercadante di Parigi (7); Bordeaux essendo un paese di dritto scritto, non riconosceva la forma olografa (8).

Quale si sia la gravità di questa giurisprudenza, l'art 999 del codice Napoleone non vi si è conformato, ed ha dato la preferenza alla opinione di Ricard. Una notevole eccezione è stata fatta alla regola *locus regit actum*. Tra un testamento olografo ed un testamento per atto pubblico, fatto in paese straniero, vi è questa differenza, che i tribunali francesi debbono giudicare della validità del testamento olografo dalla legge del domicilio, che è la legge francese, mentre debbono giudicare del testamento per atto pubblico dalla legge del paese, ove è fatto.

Questa differenza si spiega con delle assai buone ragioni. Il francese, che ha fatto il suo testamento olografo in paese straniero, è restato fedele alla sua legge municipale; non ha avuto bisogno del concorso dell' autorità del paese in cui si trova; si è rammentato della sua legge di origine, ha profittato di un benefizio, che gli accorda, e per quanto più le ha dato la preferenza su delle forme straniere, tanto più deve essere da essa protetto a causa del sostegno, che le ha dimandato per le sue ultime volontà. Il suo testamento è tuttaffatto francese, perchè è l' espressione della volontà di un francese, ed ha avuto per ministro questo francese. Una mano straniera non vi ha preso parte; e perchè dunque sarebbe invocata una legge straniera per giudicarlo ed annullarlo? Per lo contrario quando il francese fuori della sua patria fa un testamento, che ha bisogno del soccorso dell' autorità straniera, bisogna, che s'inchini innanzi a questa autorità, che lo protegge, ed è d' uopo, che ne adotti le forme e le solennità.

1738. Questo è il momento di occuparci della quistione, che più sopra abbiamo enunciata (9), e che consiste nel sapere, se i cancellieri dei consolati sono investiti della capacità di ricevere in presenza del console e dei testimoni i testamenti dei francesi.

Sotto l' impero dell' ordinanza del 1681 questa quistione era troncata dall' articolo 24 del titolo 11 del libro 1 di questa ordinanza così concepito : « I testamenti ricevuti « dal cancelliere nella estensione del consolato in presenza del console e di due testimoni, e sottoscritti da loro sono riputati « solenni. »

Ma il codice Napoleone non avendo riprodotta questa disposizione nel capitolo, che commentiamo, e che contiene una completa codificazione dei testamenti, si è dubitato della capacità dei cancellieri e dei consoli per la recezione dei testamenti fatti dai francesi, che viaggiano o che riseggono nell' estero. Si è sopratutto argomentato (10) in questo sistema dall' art. 999, che regola specialmente le condizioni del testamento fatto dal francese in paese straniero, e che pel suo silenzio sulla competenza dei cancellieri sembra abrogare implicitamente le disposizioni dell' ordinanza del 1681 a loro riguardo. In oltre come la legge dei 30 di ventoso anno XII (21 marzo 1804) porta, che le ordinanze, i regolamenti, e le con-

(1) Part. 1, n. 1580. In questo passo, Ricard sostiene, che la data è richiesta nel testamento olografo per giudicare della validità e per conoscero, se lo leggi, che si osservano nel luogo, ov' è stato fatto, permettono di fare un testamento olografo.

(2) *Trattato delle donazioni testamen.*, cap. 1, art. 2, § 1.

(3) Furgole *loc. cit.* Brillon, v° *Testamento*, n.i 12, 13, 14.

(4) V. queste conclusioni al t. XVII del *Repert. di Giurisp.* di Merlin, v° *Testamento*, p. 750 a 752.

(5) Merlin, *Repert. di giurisp.* t. XIII, v° *Testamento*, col. 2, p. 444.

(6) Arresto de' 14 luglio 1722 (*Giornale delle udienze*, t. VII). Pothier, *loc. cit.*

(7) Merlin, *loc. cit.*, p. 746, col. 1.

(8) V. nondimeno un arresto del Parlamento di Parigi de' 30 di aprile 1625, citato da Brillon, v° *Testamento*, p. 588, col. 2. Quest'arresto convalida il testamento olografo di un Poitevin, che per la legge del suo domicilio poteva testare in questa forma, a cho aveva così testato in Angoumois.

(9) N° 1721.

(10) Grenier, n. 280. Duranton, t. IX, n. 160. Vazeille, n. 2, sull'art. 994. Poujol, n. 4, sull'art. 997.

Digitized by Google

suetudini cessano di avere forza di legge generale o particolare nelle materie, che formano obietto del codice, si è considerata l'ordinanza del 1681 come formalmente abrogata dall' articolo 999, che prescrive pel francese due soli modi di testare in paese straniero.

Ciò ha giudicato il tribunale della Senna (1) relativamente al testamento del generale Dugommier, ricevuto il 10 termidoro anno 13 nella cancelleria del consolato di Amsterdam. Questa sentenza in data dei 19 di marzo 1823 annullò il testamento per lo motivo, che non essendo in alcuna delle forme prescritte dallo art. 999, non poteva valere nè come testamento olografo nè come testamento solenne.

Faremo rimarcare che in appello la quistione, checchè se ne sia detto (2), è rimasta indecisa e se questa sentenza è stata confermata, l' è stata per delle ragioni, che non han legame con la nostra difficoltà (3). Innanzi la corte l' appellante aveva sostenuto, che il 10 termidoro anno 13, data della recezione del testamento, il bollettino delle leggi e la parte del codice Napoleone concernenti le donazioni ed i testamenti non ancora era stato trasmesso al consolato d' Amsterdam; che per conseguenza non vi era stata su questo punto promulgazione della disposizione, che abrogava l'ordinanza del 1681; che perciò il cancelliere del consolato non essendo cessato di essere investito dei poteri, che gli erano conferiti dalla ordinanza del 1681, aveva potuto validamente ricevere il testamento del generale Dugommier.

Però la corte, ponendosi in questa ipotesi più favorevole all' appellante e senza entrare nell' esame della quistione di capacità del cancelliere, pronunziò per un altro mezzo la nullità del testamento Essa si fondò su questa, che l' ordinanza esigeva la sottoscrizione del console a pena di nullità, e che il testamento del generale Dugommier non era sottoscritto da questo funzionario.

Checchè ne sia di queste decisioni, è certo, che dei seri dubbi esistevano negli animi, e lo stesso Ministro degli affari esteri pare di averli divisi anche egli per un istante. Perocchè prescrisse il 2 di novembre 1815 ai cancellieri dei consolati di astenersi provvisoriamente dal ricevere i testamenti.

Ma questo astenersi fu trovato molesto pei nostri nazionali, che viaggiano all' estero; si elevarono dei reclami, e la quistione fu sottoposta ad uno studio lungo e ponderato (4). Infine il 22 di marzo 1834 una circolare del Ministro degli affari esteri, concertata col Guardasuggelli, ha rivocata la decisione del 1815, ed ordinato ai cancellieri di ricevere da allora in poi come per lo innanzi i testamenti dei francesi conformemente all' ordinanza del 1681.

Potenti considerazioni giustificano la competenza di questi officiali. Ricusare ai cancellieri di consolato il dritto di ricevere dei testamenti è in certi paesi, come nel Levante e nella Barbaria, un togliere la facoltà di testare al francese, che non sa scrivere: è una esporla in ogni caso ai vizi di forma risultante dall' inesperienza degli ufiziali stranieri, sovente poco capaci. Da un altro lato non si potrebbe vedere una abrogazione dell' ordinanza del 1681 nell' art. 999 del codice; dapoichè nell' epoca della redazione di questo articolo la competenza dei consoli era in pieno vigore nei paesi stranieri, ed il nostro articolo l' ha mantenuta con la disposizione, che autorizza il francese a testare con le forme « usate » nel luogo, ove l' atto è passato. Come supporre, che l' intenzione del codice è stata di abrogare (e di abrogare senza dirlo) l'ordinanza del 1681, basata sulle più rigorose necessità?... Come credere, che abbia voluto togliere ai francesi, che viaggiano in paese straniero, un mezzo di testare, che offre maggiore garentia dell' atto del paese, ove si trovano (5)?

(1) 19 marzo 1821 (*Giornale del Palazzo*, t. XIX, p. 853).

(2) Coin-Delisle, n. 13, sull'art. 999. Bayle-Moullard su *Grenier*, nota c del n. 280.

(3) Parigi 27 aprile 1825, (*Giornale del Palazzo*, t. XIX, p. 853).

(4) Instruzione speciale de'30 novembre 1833 (Auterive, *Trattato del commercio*, t. X, p. 243).

(5) V. in questo senso, Delaporte, *Pand. franc.* n. 303 sull'art. 994. Delvincourt. t. II, nota 7, sulla p. 88. Merlin, Repert., t. XVII, v° *Testamento*, p. 743, col. 2. Dalloz, *Giuris. gener.*, cap. 6. sez. 9, n 4. Coin-Delisle, n.i 8 e seg., sull'art. 999. Marcadè, t. IV, n. 89.

Del resto ecco il testo stesso della circolare de' 22 marzo 1834:

« Parigi il 22 marzo 1834.

« Signore, l'istruzione speciale approvata dal re il 30 novembre ultimo, relativamente agli atti o contratti passati nelle cancellerie consolari, vi ha fatto conoscere, che si era stato occupato ad esaminare di nuovo la quistione di sapere, se i cancellieri potevano ricevere gli atti di ultima volontà, qualificati di « solenni » dall' antica giurisprudenza, e che il Codice civile chiama « testamenti per atto pubblico »

« Questo esame è terminato, e ne risulta, che la circolare ministeriale de' 2 di novembre 1815 dev'essere considerata come non avvenuta Ed in effetti, signore, essa si fonda unicamente per invitare provvisoriamente i consoli ad astenersi dal prestare il loro ministero in ciocchè concerne i testamenti, sull' art. 999 del Cod. civile, che avrebbe stabilita una nuova forma per la recezione degli atti in paese straniero, e sull'art. 7 della legge de' 30 ventoso anno XII (21 marzo 1804), che prescrive, che le ordinanze, i regolamenti, e le consuetudini cessano di avere forza di legge generale o particolare nelle materie, che fanno oggetto del Codice civile. Ora un più maturo esame di queste due disposizioni ha condotto a riconoscere, che ammettendo, che l'art. 999 del Codice civile comprenda i testamenti ricevuti da' cancellieri, ciò non può essere, che per consacrarli implicitamente, poichè dice, che un francese nell'estero potrà testare con atto autentico « con le forme usate nel luogo, o se quest' atto sarà fatto » perocchè la recezione de' testamenti da' cancellieri di consolato era precisamente una di queste forme

Digitized by Google

usate nell'epoca, in cui fu promulgato l'art. 999; ebe supponendo per lo contrario, che questo stesso articolo non concerne i testamenti ricevuti da'cancellieri, l'artic. 7 della leggo de' 30 ventoso anno XII non è allora nella specie applicabilo, poichè noo ha rapporto, che alle materie, che sono obietto del codice civile. Così dunque, e malgrado l'opinione emessa nolla circolare de' 2 di novembre 1815, noi, il guardasigilli ed io, abbiamo pensato, che le aostre nuovo leggi non hanno realmeote attentato al dritto accordato a' caocellieri de' consolati dall'art. 24 (t. IX, lib. 1) dall'ordinanza del 1681.

» Ho messo questa decisione sotto gli occhi del re, ed in pari tempo gli ho esposto gl'inconvenienti dell'attuale stato dello cose. Sua Maestà ha considerato, che sospeadere più lungo tempo l'esercizio di un'attribuzione, che da sì lunge tempo appartiene a'cancellieri, è in certi paesi, particolarmente nel Levanto ed in Barbaria, un privare assolutamente della facoltà di testare i francesi, che non sono in istato di farlo con atto olografo, ed è un esporli anche ne'paesi, le cui istituzioni ed abitudini più si approssimaoo a' nostri, alla nullità, ebe produce una redazione viziosa; perciocchè si veggooo costretti di ricorrere a degli officiali, ne'quali in geaerale noo si deva supporre nè una sufficiente conoscenza dello nostre leggi, nè una perfetta intelligenza de' nostri termini di giurisprudenza. Per lo ebo l'iotenzione del re è, che i caocellieri, rientrando in possesso del dritto, che loro ha conferito nell' interesse de' nostri nazionali l'ordinanza del 1681, ricovano d'ora in poi, come prima del 1815, i testementi de' francesi, che si dirigeraono a lore per testare per atto pobblico.

« Le forme prescritto dall'art. 24 (t IX., lib. I.) saranno però strettamente osservate, valo a dire, che i coosoli dovranoo essere preseoti insieme a due testimoni, che sottoscrivoraano col console ed il cancelliere.

» I testamenti saranno ricevuti in minuta sopra fogli volanti, ed inscritti su' registri delle minute in conformità della reale istruzione de' 30 di novembre 1833. Circa a'testimoni, che assisteranoo alla recezione dei testameoti, dovranno adempiere, per quanto è possibile, la condizioni prescritte dall'art. 980 del Codice civilo, ed essere dippiù immatricalati nel consolato.

« Sua Maestà d'altroode ha pensata, che la facoltà di ricevere i testamenti secondo la forma solenni, essendo accordata alla cancelleria soltanto nell'interesse de' francesi, che non potrebbero ricorrere ad altro modo per constatare le loro ultime volontà, è nello spirito dell'ordinanza del 1681, che i consoli invitino le persone, che si preseoteraono per testare, a fare in preferenza ogni volta, che lo potraano, de' testameoti olografi, il cui deposito soltanto sarà eseguito nella cancelleria.

« Può anche avveoire, signore, che de'francesi, che vogliono fare de'testameoti oella forma mistica, si dirigano a' cancellieri de' consolati; allora i cancellieri assistiti da'consoli si confurmeranno agli art. 976, 977, 978, e 979 del Codice civilo. L' atto di soprascriziono sarà sottoscritto tanto da' testimoni, il cui numere sarà quello determinato dall' art. 979, quanto da'coosoli e da' cancellieri, e farà menzione della loro preseoza a tutta l'operazione.

« Infine, sigoore, i consoli ed i cancellieri si conformeranno per la custodia, o, se vi è luogo, per la trasmessiooe in Francia de' testamanti, tanto solenni cha mistici, depositati nella cancelleria, alle disposizioni, che prescrive relativamente a'testamenti olografi la reale istruziono de' 30 di novembre 1833.

« È beaioteso, che la presenza de'consoli alla recezione de'testameoti è indispensabile, anche quando il loro cancelliere è nominato dal re.

» Vogliate, signore, accusarmi immediatamente recezione di questa circolere, e farla registrare nella vostra caocelleria.

» Ricevete, sigoore, ecc.

« *Firmato*: V. Broglie. »

Fra le considerazioni, che questa circolare fa valere, ve n'è una, ebe mi è sembrata di avera bisogno di spiegazione. Come avviene, che nel Levante ed io Barberia i Francesi siano assolutamente privati della facoltà di testare secondo le leggi del paese? Non vi sono forse sopra luogo degli officiali pubblici indigeni competenti per ricevere i testamenti de' nazionali e degli stranieri?

Ecco la nota, cho il signore de Lesseps, direttore dei consolati, ha ben voluto dirigermi su questo punto:

« Se gli uffiziali pubblici stranieri (si vuole senza dubbio parlare de'cadì e do' loro sostituti, giacchè si tratta per noi del Levante e della Barbaria) avessero la facoltà di ricevere i testamenti de' francesi, i più grav'inconvenienti risulterobbero da questo stato di cose. Ed in effetti questi funzionari sono troppo ignoranti delle nostre leggi; queste leggi differiscono troppo dalle loro, questi agenti dell'autorità, generalmente dominati dalla cupidigia, sono troppo facili ad essere sedotti: nutriscono tropp'odio, troppo disprezzo pe'cristiani, eglino infine sono troppo penetrati della legittimità del diritto di albinaggio, perchè si possano confidare senza pericolo alla loro fedeltà, la fortuna e la sorte delle famiglie. Gli agenti diplomatici negoziatori de'trattati della Francia con la Porta, sono stati talmente imbevuti di questa verità, ebe sembrano, non essere stati preoccupati nelle loro stipulazioni, che d'una sola idea, quella d'impedire i depositari dell' autorità civile o militare maomettana d'immischiarsi negli affari de' Francesi. Eglino hanno voluto alloatanare da'lore interessi una mano avida e spogliatrice, e così li hanno sottratti, per quanto hanno potuto, all'aziono della giustizia locale, e li hanno resi giudicabili dallo leggi del loro proprio paese. L' art. 22 delle *Capitolazioni*, che sino ad un certo punto si lega alla presente quistione, contiene:

« Se un Francese viena a morire, i suoi beni ed i suoi » effetti saranno rimessi a' suoi esecutori testamentari » senzachè veruno se ne possa ingerire; e se muore » senza testamento, i suoi beni saranno dati a'suoi com» patriotti per l'intermedio del loro console, senzachè » gli uffiziali del fisco e del dritto di albinaggio possano » inquietarli » Il divieto reiterato per tutti gli uffiziali civili e militari maomettani d' immischiarsi e d' ingerirsi negli affari de' Francesi, forma il testo di ogni clausola di queste *Capitolazioni*. Per verità quando si legge questi trattati, si dimanda a sè stesso, como i sultani, che vi hanno apposta la loro sottoscrizione, hanno potuto così sanzionare queste stipulazioni, ricognizione implicita dell'iniquità e della venalità degli agenti della loro autorità. La tradiziane drogmanale non ha obliato queste parole di un funzionario maomettano ad un interprete, che lo premurava in nome del suo console di terminare un affare: « Ascoltate, signor inter» prete, gli disse, sinchè il vostro console non mi avrà » fatto arrossire (non avrà stimolato il mio buon vole» re con de'presenti) il suo affare non sarà condotto a » buon termine ». Quello, che noi qui diciamo degli agenti dell'autorità civile o militare e de' magistrati, s'applica del pari agli uffiziali pubblici ed a'notari. La ricezione de' testamenti entra d' altroode, come già ho detto, nelle attribuzioni de'cadì o de' loro sostituti. Epperò se la Porta ha accettato il rifiuto da parte nostra dell'intervento de' suoi funzionari nella maggior parte delle transazioni de' nostri nazionali, transazioni, che in altri paesi appartengono alla giurisdizione della giustizia locale, perchè andremmo noi spontaneamente incontro ad un pericolo, cho possiamo evitare? Perchè confideremo il deposito delle ultima volontà a degli officiali sospetti? Noa dubitiamo di affermarlo; se i cadì, o i loro sostituti, o ogni altro pubblico uffiziale, fossero messi in possesso del dritto di ricevere i testamenti de' Francesi, la custodia di questi solenni atti non sarebbe per lore più sacra di quella de'prigionieri cristiani, così sovente sacrificati dal loro barbaro fanatismo. Che se si obietta, ebo un Francese stabilito in Levanto o in Barbaria, e che abita qualche località isolata, può in assenza di ogni autorità consolare trovarsi nella necessità di ricorrere per testare o stipulare ogni altro atto al ministero

Digitized by Google

del Cady, risponderemo, essere raro, che oo Eurnpeo si esponga a vivere egli solo e perduto, per cosi dire, in mezzo di popolazIool fanatiche e malevolenti; a che se talune famiglie europee (non oa solo individuo) offrooo qualche esempio di questo isolamento, per certo queste famiglie si guardaoo bene per fare constatare la nascita o la morte di uno di lorn, o per stipulare qualunque altro otto, di dirigersi al Cady o a'suoi sostituli; i membri di questa famiglia si trasporteraono oella resideazo coosolare più vicioa per adempire le formalità, ch'esignao le leggi del loro paese. La stessa quistione relativa alla reeezione de' testamenti dagli uffiziali pubblici maomettaoi fu agitata qualche aono addietro, o risoluta in uo modo affermativo Dupo più mature riflessiooi il governo ooo tardò a riveoire sulla sua decisioae. In tutte la scale del Levanto e aella Barbaria, ove riseggono do' consoli, la riceziono de' testameoti da'caecellieri io preseesa de'consoli e di due testimoni è il solo modo, che offre al testameoto europeo sufficiaoti garaotie.

Articolo 1000 — (926)

I testamenti fatti in paese straniero non potranno essere eseguiti su' beni siti in Francia, che dupo di essere stati registrati nell' uffizio del domicilio del testatore, se ne ha conservato uno, altrimenti nell' uffizio del suo ultimo domicilio conosciuto in Francia; e nel caso in cui il testamento contenga delle disposizioni d'immobili, che vi sono situati, dovrà essere inoltre registrato nell' ufficio della situazione di quest' immobili, senzachè possa essere richiesto un doppio dritto (a).

SOMMARIO

1739. Le formalità prescritte da qoest'articalo sooo puramcote estrinseche.

COMENTARIO

1739. È visibile, che questa disposizione concerne unicamente l' esecuzione del testamento, e noo tocca la sua validità.

Articolo 1001 — (927)

Le formalità, alle quali i diversi testamenti sono sottoposti dalle disposizioni della presente sezione e della precedente, debbono essere osservate a pena di nullità (b).

SOMMARIO

1740. Importaaza delle formalità prescritte dalla legge per la confeziooo de' testamanti.
1741. Nel dubbio sull'esecuzione d'uaa formalità deve pronunsiarsi a favore o contra la validità del testamento?
1742. Il testameolo oullo per difetto di soleonità ooo poò produrre veruo effetto.
1743. Perchè oenpertaoto il testamento aullo come mistico può valere come olografo?
1744. Della durata dell'aziooo di nullità di uo testamento.
1745. La parte. che ha approvato un testameato, o che l' ha eseguito, e che ha transatto su quest' atto, è noo amoessibile ad impognarlo?
1746. Cootiouazione.
1747. La rinunzia di attaccare un testamento poò risultaro da uo atto o da uo fatto, che la cootiene implicitamente.
1748. Io questo caso non basta, che sia provato, avere la parte, alla quale questo fatto si oppone, coaosciuto il testamento. — Distinzione da fare.
1749. Spett'all'attoro io nullità di provare di avere ricevuto il legato senza cenosceoza di causa?
1750. La quistiono se vi è stata oppur no apprevazione del testameoto sarà soveote una quistiono di fatto.
1751. Un testamento aullo per difetto di forma aon può essere convalidato da veruo atto.
1752. Se il testamento aullo per difetto di forma produce uo'obbligazioue ooturale.

COMENTARIO

1740. Il rigore, col quale il codice proaunzia la nullità dei testamenti per le più piccole contravvenzioni alle formalità, che preserive, prova l' importanza, che vi annette; e certo

(a) È uaiforme a qoest'articolo l'art. 926 delle oostre leggi civili. *Il trodultore.*

(b) L'art. 927 della oostre Leggi civili è così cooceputo:

« Le formalità, alle qoali sono soggetti i diversi te« stameati in forza delle disposizioni della preseote e « della precedente seziono, debbooo osservarsi sotto « pena di aullità tranoe le seguenti eccezioni ».

« 1. Se siasi omesso di fare menzioue espressa di es« sere stato scritto il testameato di carattere del nota« jo, cui fu dettato, tal mancanza non nuocerà alla sua « validità, quando consti legittimamente, che sia stato « in realtà scritta dal notajo medes mo ».

« 2. Se siasi omessa qualche solenoità richiesta dal « regolamouto nutoriale, alla cui maneooza secondo lo « stesso regolamento è noa annessa la pena di nullità ». (V. la oota in fine del commentario di quest'articolo).

Il trodultore.

Digitized by Google

non senza gravi motivi ha creduto di fare dipendere da solennità straordinarie le volontà dei moribondi. I legislatori di tutti i tempi hanno compreso, che solamente per questo mezzo potevasi impedire le false impressioni e le suggestioni, che assediano più particolarmente coloro, che dispongono pel tempo, in cui non saranno più (1).

Ed in effetti si sa quante molle sono messe in movimento da quegli uomini avidi, che i Romani diffamavano col nome di « eredipedis », e che facevano il mestiere di spogliare con delle captazioni o dei colpevoli raggiri gli eredi del sangue. In Grecia ed in Roma questa razza d'uomini ripullulava, e Plutarco (2) diceva di loro : « *Arena, pulvis, pennae avium* « *varias voces edentium, minore numera* « *quam qui alienas haereditates ambiunt.* »

Felicemente sono più rari al dì d'oggi, ma ne esistono ancora anche molti pel riposo delle famiglie, per lo che bisognava premunire il testatore contra le loro perfide macchinazioni, e non si poteva pervenirvi, che prescrivendo delle scrupolose solennità! Invano un testatore poco riflessivo dirà, essere queste formalità moleste e minute, come quelle delle quali parla Scevola (3), che nel suo testamento chiamava *nimiam ac miseram diligentiam* la previdenza della legge. Ma colui, che sa vedere la ragione delle cose negli affari, che interessano la società, applaudirà alla saggezza di questi riti esteriori, che salvano dalla propria debolezza e dagli agguati della cupidigia l'uomo che va a dettare la legge alla sua famiglia pel tempo, in cui non sarà più (4).

Ricard nondimeno (5) non divide questa opinione, e per lo contrario pensa, che nell'uso tutte queste solennità sono piuttosto degli agguati tesi alla buona fede, tantopiù che non dipendono tanto dal testatore, quanto dalla persona pubblica, che adopera per ricevere il suo testamento, la quale per un difetto di memoria o una leggiera inavvertenza sarà causa, che le più costanti e favorevoli volontà rimarranno senza effetto; mentrechè colui, che vuole appropriare ad altri un testamento, per strapparlo per sorpresa, non manca mai di fare praticare accuratamente tutto ciò, che riguarda la forma.

Ma si può rispondere che se le precauzioni prese dalla legge non prevengono sempre gli agguati della cupidigia, sono il più sovente una garantia dell'indipendenza del testatore, e rendono molto più difficili e per conseguenza molto più rari i tentativi dell'uomo cupido. D'altronde siccome il dritto di testare è quasi un atto legislativo, che esercita il testatore, è stato saggio di costringerlo alla osservanza di certe solennità, la cui difficoltà gli faccia ben comprendere tutta l'importanza di quello, che va a fare; perocchè ove non potrebbe giungere l'imprevidenza dell'uomo, se la legge, che veglia per lui non si occupasse a rammentargli incessantemente quale quantità di riflessione e giudizio deve porre negli atti più gravi della vita? Più una cosa è difficile, maggiore riflessione si pone a tentarla; e d'altronde non si è stato forse facilmente di accordo, esservi più filosofia, che non si crede, nelle vedute del legislatore, che per questo mezzo ha voluto assicurarsi della pienezza della volontà del disponente?

1741. Queste considerazioni, che tengono più alla teoria delle leggi, che alla loro applicazione, ci conducono ad una quistione di pratica importantissima, cioè se nel dubbio sulla esecuzione di una formalità, devesi pronunziare pel testamento o contra la sua validità.

Abbiamo fatto conoscere più sopra (6) le gravi autorità, che hanno deciso, che tutto ciò, che lasciava un dubbio ragionevole sull'inosservanza delle formalità testamentarie, doveva essere interpretato contra la validità del testamento. « In effetti, dice il signor Merlin (7), « quando i testamenti sono favorevoli? Quando « perfettamente regolari nelle loro formalità, « trattasi solo di sapere quello, che il testatore « ha voluto. Ma non è lo stesso, quando il « dubbio cade sulla regolarità del testamento. « Siccome il testamento trae tutta la sua forza « dalla solennità, e che ogni solennità consiste « nella osservanza esatta delle forme prescritte « dalla legge, il dubbio dev'essere risoluto a « favore dell'erede legittimo, dacchè dal solo « fatto di essere dubbio, se le forme sono state « ben osservate, nasce la conseguenza essere « incerto se il testamento esiste, e che in questa « incertezza la successione non può appartenere, che all'erede legittimo. »

Nonpertanto il signor Toullier (8) insegna un'opinione contraria, come più sopra abbiamo veduto (9). Si poggia sull'art. 1157 del codice Napoleone, che è tuttaffatto straniero

(1) Tal'è il pensiero, che su di un simile subietto ha avuto Wisembech in que' *Paratitles, De verb. obligat.*, n. 12, allorchè parlando delle forme, che il dritto romano aveva introdotto per sostenere le stipulazioni, dice. « *Et haec quoque omnia sapienter excogitata sunt,* « *ut videlicet appareat ex praesentia partium, item* « *verbis seriis ac idoneis et ordine interrogationis et* « *responsionis continuato, contrahentes sponte et re* « *deliberata ad faciendam obligationem accessisse,* « *praecisa omni in posterum calumniandi ansa quasi* « *minus ex animo fuerit contractum* ».

(2) *De amore prolis*, n. 17.

(3) L. 88, § 17, D., *De legat. et fideicomm.*, 2.: « *Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi sine ullo* « *jurisperito, rationem animi mei potius secutus quam* « *nimiam et miseram diligentiam!* »

(4) Doneau, *Comm.*, lib. 6, cap. 6, n. 1. Hilliger *su Doneau, loc. cit.*, nota 2.

(5) Part. 1.ª n. 1500.

(6) N. 1553.

(7) Repert., vº *Testamento*, sez. 2, § 2, art. 4, p. 166 col. 2.

(8) T. V, n. 430 *in fine*.

(9) N. 1554.

alla materia. Non ripeteremo qui tutto quello, che abbiamo detto (1) per confutarlo, provando, che la sua dottrina ripugna ai principî ed alla giurisprudenza della corte di cassazione.

1742. Quando un testamento per atto pubblico è nullo per difetto di solennità, non può produrre verun effetto, nè come testamento nè come principio di pruova scritta. Perocchè il difetto di solennità gli toglie anche la pruova di una volontà nuda. *Quod nullum est, nullum producit effectum.*

Se il contratto nullo come atto pubblico, vale nondimeno come atto sotto firma privata, quando è rivestito delle sottoscrizioni delle parti, è perchè questa nuova forma, nella quale l'atto si cambia, conviene perfettamente agli atti, che contengono dei contratti tra vivi. Ma nei testamenti, nei quali siffatta forma è proscritta, nei quali il legislatore non ha voluto vedere sotto di questa scorza alcuna volontà legale, non vi si può avere veruna confidenza, e sarebbe un eludere la legge e forzare temerariamente la volontà del testatore il volere far servire come atto pubblico ordinario quello, che era destinato soltanto a valere come disposizione a causa di morte. Secondo questi principii la corte di Torino ha giudicato (2) « che un testamento nullo come testamento « pubblico non può valere, quantunque sotto« scritto dal testatore, come atto sotto firma « privata; che in questo caso non vi è luogo « ad applicare l'art. 1318 del codice Napo« leone, (a) e che il testamento non può nep« pure valere come principio di pruova scrit« ta. » Anche con pari ragione la giurisprudenza ha riconosciuto con numerosi arresti (3), come più basso vedremo (4), che un testamento autentico, nullo come testamento, non poteva valere come atto notariale per rivocare un testamento precedente. Dippiù la corte di cassazione, rigettando il ricorso contra un arresto di Dijon de' 25 di marzo 1813, ha giudicato, che quando un testamento era nullo per difetto di forma, non vi si poteva in verun modo ricorrere per attingervi dei chiarimenti (5). Nullo per difetto di forma, non fa pruova di niente; è morto, è ridotto *ad non esse.*

1743. Nulladimeno abbiamo detto (6) che il testamento mistico nullo come tale, può valere come olografo, quando è per intiero scritto, datato, e sottoscritto dalla mano del testatore. Codesta dottrina non è contraria a quello, che testè abbiamo detto. Ed in effetti togliendo la forma mistica, resta sempre un testamento olografo in una forma riconosciuta dalla legge, il perchè vi è tuttavia una intiera pruova della volontà del disponente secondo le solennità del dritto.

Del resto la conversione del testamento mistico in testamento olografo non potrebbe provare il menomo dubbio, se il testamento mistico (b) come tale, contenesse la clausola, che potremmo chiamare, comunque impropriamente, clausola codicillare, ad esempio di quella, della quale abbiamo detto una parola, e per la quale il testatore dichiarava volere, che se il suo testamento non valeva in tal forma, valesse come codicillo (7). Così se il testatore dichiarasse volere, che il suo testamento valesse *omni meliore modo*, non vi è dubbio, che nullo come mistico, varrebbe come olografo (8).

1744. Si è dimandato, quale era la durata dell'azione di nullità di un testamento, e dapprima ha potuto sembrare, che ai termini dello art. 1304 del codice Napoleone (c) la durata di questa azione sia di dieci anni. Ma un arresto di Bordeaux (9) ha deciso con ragione, che l'art. 1304 non è applicabile ai testamenti. Ed in vero questo articolo fa parte del lib. 3, titolo 3, del codice Napoleone relativo ai contratti ed alle obbligazioni convenzionali, e dispone solo pel caso, in cui si tratta di un'azione di nullità o di rescissione di una convenzione, ed in conseguenza la prescrizione, che stabilisce, essendo relativa ad un caso speciale, non può essere applicata alle nullità, che concernono i testamenti. Però non sarebbe lo stesso, se si trattasse di una donazione, dapoichè la donazione è un atto sinallagmatico, che conserva sempre il carattere di contratto e di obbligazione convenzionale, e si comprende essersi potuto applicare alle donazioni l'articolo 1304, e quindi essersi potuto giudicare l'azione di nullità di una donazione suscettibile di essere prescritta a capo di dieci anni (10).

1745. Può avvenire, che le parti interessate ad opporre la nullità di un atto ordinario siano non ammessibili a farla valere; ed è quando vi è stata da parte loro approvazione o esecuzione di questo atto, o quando si è stata transazione

(1) N. 1554.

(2) Torino, 14 marzo 1807 (Devill. 2, 2, 212).

(a) Art. 1272 delle Leggi civili. *Il trad.*

(3) N. 2030, art. 1035.

(4) Poitiers, 29 agosto 1806 (Devill., 2, 2, 170). Torino, 4 aprile 1807 (Devill., 2, 2, 221). Limoges, 8 luglio 1808 (Devill., 2, 2, 412. Limoges, 23 marzo 1809 (Devill., 3, 2, 43). Torino 19 marzo 1810 (Devill., 3, 2, 231). Angers, 24 maggio 1822 (Devill., 7, 2, 74). Bordeaux, 25 agosto 1832 Devill., 32, 2, 16) Tolosa, 12 agosto 1831 (Devill., 32, 2, 586). Aix, 5 aprile 1834 (Devill., 36, 1, 174). Cassaz. 4 novembre 1811. Devill., 3, 1, 418). Cassaz., 20 febbraio 1821 (Devill., 6, 1, 383), Cassaz., 2 marzo 1836 (Devill., 36. 1, 174).

(5 Cassaz. rigetto., 21 novembre 1814 (Devill., 4, 1, 632).

(6) N. 1654.

(b) Il testo dice « olagrafo », ma è evidentemente un errore di tipografia. *Il trad.*

(7) V. sulla clausola codicillare, Bartolo, l. 10, *De jure codic*

(8) *Sopra*, n. 1655.

(c) Art 1238 delle Leggi civili. *Il trad.*

(9) Bordeaux 14 marzo 1843 (Devill., 1843, 2, 311).

(10) Riom, 16 giugno 1843 (Devill., 1843, 2, 543).

Digitized by Google

(art. 1338, 1340 (a)). Quale deve essere in materia di testamento l'applicazione di questo principio? Un' approvazione di un testamento nullo, data dalla parte interessata a fare valere la nullità, un' esecuzione di questo testamento, una transazione su questo atto, tutto ciò fa sorgere una irrecettibilità contra l'azione di nullità?

L'obiezione contra l'inamessibilità dell' azione potrebbe sorgere da che i testamenti si legano per le forme al diritto pubblico, e che è permesso di patturire soltanto sulle materie del dritto privato. E si potrebbe fortificarla con qualche testo del dritto romano (1), che mentre permette di rinunziare alla nullità dei legati, perchè questo genere di disposizioni dipende dalla pura volontà del disponente, sembra mettere l' azione di nullità al di sopra di ogni rinunzia, quando era diretta contra l' istituzione di erede, vale a dire contra l' elemento essenziale del testamento stesso, e ciò per la ragione, che l' istituzione di erede si legava al dritto pubblico (2).

Ma supponendo, che questa distinzione fosse fondata, il che non è certo (3), è un punto non dubbio, essere stata essa rifiutata in Francia da numerosi arresti, sopratutto nella giurisdizione del parlamento di Parigi, e che l'opinione dominante si era, che i testamenti non sono talmente di ordine pubblico, che non si possa rinunziare per una causa d' interesse privato ai vizi di forma, che contengono (4). Perocchè « le formalità dice Chabrol (5), non hanno altro obbietto, che di assicurare la verità del testamento, e l'erede che ha voluto eseguire « un testamento nullo, è considerato di essersi « assicurato mercè altri mezzi della volontà del « testatore. Malgrado la nullità esiste una sorte « di obbligazione naturale, che dev' essere « libero all' erede di adempiere. »

1746. È dunque costante, che si può stipulare sulla nullità di un testamento.

Questo ammesso, supponiamo dapprima, che la convenzione, dalla quale si fa risultare una eccezione contra l' azione di nullità, sia una transazione.

Tutti conoscono un testo celebre del dritto romano (6), che pareva decidere, che le transazioni sulle controversie emergenti da un testamento non erano valide, che in quanto si erano veduti e conosciuti i termini stessi del testamento.

Abbiamo stabilito con Cujacio (7) nel nostro *Commentario delle transazioni* (8), che que-

(a) Art. 1292, 1294 delle Leggi civili. *Il trad.*

(1) Paolo, l. 9, § 5, D., *De juris et fact. ignorantia.* Paolo l. 38, D., *De fideic libertat* Graz., Valent. e Teod., l. 16, § 1, C., *De testam.* Paolo. l. 5, D., *De his quae ut dignis.* Dioclez. e Massim., l. 4, C., *De juris et fact. ignorant.* Giustin., l. 32, C., *De fideic.* Paolo, l. 36, § 3, D., *De testam. milit.* Paolo l. 21, D., *De legat.*, 3. Ulpiano, l. 1, § 1; l. 11, § 19, D., *De legat.*, 3°. Inst § 7, 8, *Quibus modis testam. infirmentur.*

(2) Furgole cap. 6, sez 3, n. 14. Merlio, Repert., v° *Testamento* t. XIII, p. 765. Merlin, quist. di dritto, v° *Testamento* t. XVII, p. 369. Chabrol su *Auvergne*, art. 52, cap, 13, quest. 1.

(3) Cujacio sulla legge 5, § 1, D., *De his, quae ut indignis*, lib. 34, t. IX. Brodeau su *Louet* lot. L, som. 6, n. 2.

Bartolo e Mantica rivolgevano la difficoltà (*Ad leg. 4. De his quae ut indignis*, XI, 17, 38), dicendo, che se non era possibile di convalidare il testamento con una rinunzia abile a fare valere le nullità, almeno era permesso di rinunziare all'eredità *ab intestata*, o questo precisamente faceva l'erede *ab intestato*, quando con conoscenza di causa accettava il legato V. Cajo sulla legge 1, § 1 D., *Test quemad.*, e sulla legge 6, D., *De transact.* — In queste leggi si vede la pruova, che in dritto romano era permesso di transigere su' testamenti.

(4) Approvazione implicita—Nullità di forma.

Heorys, *De' testamenti*, l. 5, cap. 1, quest. 1 (e dopo lui Brodeau e Chabrol), riferisce un arresto del parlamento di Parigi degli 8 di luglio 1635, confermativo di una sentenza del Bagli di Forest, che giudica non ammessibile un erede *ab intestato*, il quale dopo di avere ricevuto senza riserva il suo legato, aveva poi attaccato il testamento come nullo nella forma.

Approvazione esplicita — Nullità di forma.

Brodeau *su Louet* lettera L, somm: 6 (e dopo di lui Chabrol *su Auvergne*), cita un arresto dello stesso parlamento de' 20 luglio 1652, confermativo d'una sentenza della siniscalcheria di Clermont, che rigetta la dimanda di due eredi *ab intestato* relativa all'amologazione delle lettere di rescrissione, che avevano ottenuto contra la loro approvazione di un testamento, che sostenevano nullo ed imperfetto.

Approvazione implicita. — Inofficiosità.

Louet, lettera L, somm: 6 (e dopo di lui Chabrol *su Auvergne*, art. 50, cap. 12) cita un arresto de' 25 settembre 1652, renduto nelle udienze di Clermont, che giudica inamessibile una madre, che in paese di dritto scritto reclamava la sua legittima, offesa da un testamento inofficioso, ch'ella avev' approvato.

Approvazione esplicita. — Inofficiosità.

Brodeau *su Louet*, *loc. cit.*, (e dopo lui Chabrol, *loc. cit.*), indica un arresto del parlamento di Parigi de' 28 di maggio 1631, confermativo di una sentenza del Balì di Montpensier, che decide, che colui, che, essendo maggiore, ha approvato un testamento, che contiene una sostituzione vietata dalla consuetudine, non è più ammesso a disputarla.

Brodeau cita pure un arresto dello stesso parlamento de' 16 di luglio 1642 confermativo di una sentenza del siniscalco di Lione, e che avrebbe dal pari respinta una dimanda di nullità di un testamento dopo approvazione; ma non indica la specie, nella quale quest'arresto sarebbe intervenuto....

Aggiungi l'art. 50 del cap. 12 della *Consuetudine di Auvergne*, così conceputo:

« L'erede *ab intestato*, istituito per testamento o no, « che scientemente accetta un legato a lui fatto dal defunto, o sodisfa qualcuno de' legati dal detto defunto « ordinati, o altrimenti approva in alcuna parte il detto « testamento, approva tutta la disposizione e tutti gli « ordini di questo defunto, ed è assolutamente tenuto di « osservarla ed adempirla, senzachè possa profittare « della riduzione al quarto, introdotta dalla detta consuetudine. »

(5) *Su Auvergne*, art. 50, cap. 12.

(6) Cajo, l. 6, D., *De transact.* Cajo l. 1, § 1, D., *Testam. quemadm. aperiant.*

(7) Cujacio, *nota ad leg.* 6, D., *De transact.*, lib. 2, tit. 15.

(8) N. 99.

sta formalità sottile, della quale si è forse esagerata l'importanza nel dritto romano, non doveva essere trasportata nel dritto francese e che bastava, che la transazione fosse stata fatta volontariamente, e senza sorpresa (1). Non si può forzare una persona a leggere e studiare un testamento nel suo testo quando essa nol vuole; ella ha inteso di prevenire le difficoltà, transigendo, ed è troppo tardi, quando la transazione è fatta e consumata, di venire a mostrare una sottile curiosità.

Con più forte ragione la transazione sarebbe un ostacolo all'azione di nullità, se l'erede venisse a pretendere, che avendo avuto nelle mani il testamento, non si è accorto di certi vizi di forma apparenti. Non si presume, che alcuno ignori la legge, e si sa, che le transazioni non possono essere rescisse per un errore di dritto (2).

1747. Oltre la transazione, la rinunzia può anche risultare da un atto o da un fatto, che la contenga implicitamente. Citeremo come esempio la ricezione di un legato da un erede *ab intestato*. Perchè questo atto produca una rinunzia reale e quindi un mezzo d'irrecettibilità insormontabile, è d'uopo che avvenga con cognizione di causa.

La consuetudine di Auvergne conteneva a tal riguardo una disposizione, che di già abbiamo citata (3). Ed in effetti si concepisce che se il legatario riceve il suo legato, senza conoscere, che il testamento, che gli toglie la eredità contiene dei vizi, che l'annullano, non si può ritorcere contra di lui il fatto di questa ricezione, perchè non ha evidentemente il senso di una rinunzia. Ma se per lo contrario egli ha saputo o potuto sapere, che il testamento era infetto di vizi di forma, e se malgrado questa conoscenza, ha preso l'ammontare del suo legato, o ne ha chiesto il pagamento, si è chiusa la strada per attaccare questo testamento.

Ciò decide la giurisprudenza moderna conformemente alla giurisprudenza degli antichi arresti (4). Così la corte di Torino (5) ha giudicato, che la quietanza della ricezione di un legato rilasciata al legatario universale da due legatari particolari, non impediva costoro di attaccare come nullo nella forma il testamento, che non era stato loro comunicato (6).

Da un altro lato è stato giudicato il 5 di febbraro 1829 dalla corte di cassazione (7), pronunziando sul ricorso contro un arresto di Grenoble, che una parte, la quale aveva intentata un'azione di divisione dei beni indivisi, legati con un testamento, che conosceva perfettamente, e del quale aveva potuto anche giudicare la forma, non aveva potuto posteriormente, e quando una sentenza era intervenuta sulla sua azione di divisione, dimandare la nullità di questo testamento (8).

1748. Ma onde colui, che domanda la nullità di un testamento dopo avere ricevuto un legato in virtù di questo testamento, o dopo di avere fatto un atto qualunque, dal quale si possa indurre la sua approvazione del testamento, sia dichiarato irrecettibile, non basterà sempre, che sia provato, aver egli avuto conoscenza del testamento, ma vi è inoltre una distinzione da fare tra il caso, in cui la nullità è apparente, ed il caso, in cui la nullità è occulta (9). Se la nullità è nascosta, l'approvazione non è altro, che l'effetto dell'errore, e vi è luogo ad applicare la massima: *non videntur qui errant consentire*. Non si potrebbe opporre in questo caso un mezzo d'irrecettibilità risultante da esecuzione volontaria a colui, che reso è attore in nullità. E così è stato deciso da un arresto della corte di Nimes dei 28 di gennaro 1831 (10), che la lettura di un testamento non aveva potuto rivelare al legatario universale, che più tardi attaccava questo testamento, una nullità risultante dall'incapacità di uno dei testimoni; che per conseguenza era questa una nullità occulta che non avrebbe potuto essere coperta neppure dal rilascio dei legati ai legatari particolari. Così pure la corte di cassazione ha giudicato, mantenendo un arresto della corte di Pau dei 27 di agosto 1835, che in un caso simile, nel quale si trattava dell'incapacità di uno dei testimoni, non era presumibile, che il marito, che aveva autorizzato sua moglie a ricevere un legato in virtù del testamento, che attaccava in suo proprio nome, avesse potuto conoscere l'irregolarità di questo testamento (11).

Se per lo contrario la nullità è apparente, si presume cha l'erede, che ha avuto conoscenza del testamento, ha avuto per questo stesso conoscenza della nullita, ed indarno alle-

(1) *Coment. delle transazioni*. n. 142. V quello che dice Cujacio del caso, in cui per ottenere una transazione, si fosse fatto credere con un giuramento falso o una menzogna insigne, che esisterà un testamento.
(2) *Comentario delle transazioni*, n. 147.
(3) Art. 50, cap. 12. V. *sopra*, n. 1745.
(4) V. *sopra* n. 1745 *in fine*, gli arresti citati in nota.
(5) 4 marzo 1806 (Devill., 2, 2, 120).
(6) *Aggiungi* Cassaz. (camera civ., rig.), 12 novembre 1816 (Devill., 5, 1, 245). Quest'arresto è stato renduto per applicazione delle leggi romane. Caen, 13, febb. 1842 (Devill., 42, 2, 199).
(7) Devill., 9, 1, 227.
(8) *Aggiungi* Bessozone, 29 marzo 1811 (Devill., 3, 2, 464).
(9) Ricard, part. 3, n. 1559 e seg. Domat, *leggi civili*, l. 3, t. II, sez. 3, ni 2 ed 8. Brodeau *su Louet*, *loc. cit.* n. 2. Chabrol *su Auvergne*, art. 50, esp. 12. V. *Comentario delle transazioni*, n. 146.
(10) Devill., 31, 2, 292.
(11) Cassaz., (cam. civile), 14 luglio 1839 (Devill., 39, 1, 653. *Giorn. del Palaz.*, 1839, 2, 289). *Aggiungi* Cassaz., (camera de' ricorsi), rig. 27 agosto 1818 (Devill., 5, 1, 529). Amiens, 2 aprile 1840 (*Giorn. del Palaz.*, 1840, 1, 548).

gherebbe l'ignoranza, io cui era, della oullità del testameoto, perciocchè non sarebbe questa una giusta e legittima ignoranza, di cui potrebbe avvalersi (1). Il che è stato raffermeto da uo arresto della Corte di Pau de'27 di febbraio 1827 (2), ov'è detto, essere la oullità appareote quella, ebe si maoifesta alla sola ispezione del testsmento (3).

1749. Ma qui si presenta la quistione, se spetta all' attore in nullità la pruova di avere ricevuto il legato senza conoscenza di causa.

Cbabrol (4) insegnava su questo puoto, che spettava a colui, che invocava la nullità di provare di oon aver avuto conoscenza di questa nullità prima di ricevere il suo legato, e citava in appoggio un arresto del parlemento di Parigi del 1778, renduto nelle seguenti circostanze.

Il sigoor conte d' Ailly aveva istituito erede col suo testameoto il marchese di Chambonas, ed aveva fatto un considerevole legato al signore della Volpiliere, ch' era uno dei suoi eredi presuntivi *ab intestato*. Il signore della Volpiliere ricevè il legato, e poscia pretese, essere nullo il testamento, perchè la minuta non era scritta di mano del notaio, che l' aveva ricevuto, nè aver egli scoperta siffatta nullità, se non dopo la sua quietanza. Una sentenza del siniscalcato di Auvergne ammise tale dimanda, ma l' arresto del parlamento di Parigi, annullando la sentenza, dichiarò il signore della Volpiliere noo recettibile.

« Questo arresto, aggiunge Chabral, è senza « dubbio fondato su che il signore della Vol« piliere non poteva provare di non aver egli « avuto conoscenza di questa nullità prima di « ricevere il suo legato. Ed in effetti spetta a « colui, che allega un simile fatto, di cui pre« tende non avere avuto conosceuza, di pro« varlo » (5).

È vero, ohe il signor Merlin ha sostenuto per un istante l' opinione contraria, e che ha preteso, che la corte di cassazione in un arresto dei 27 di marzo 1812 (6) pareva avere giudicato, sulle sue conclusioni, interpretando l' art. 1388 del codice Napoleone, che spetta a colui, che si prevale di un titolo nullo, di provare, che oel momento, io cui questo titolo ha ricevuto la sua esecuzione, i vizi eraoo noti alla parte, che l' ha eseguito. Ma da un lato codesto arresto non ha risoluto questa quistione, e dall' altro il signor Merlin si è dopo formalmente ritrattato (7).

Epperò bisogna dire malgrado un arresto della corte di Parigi dei 27 di novembre 1835 (8), che colui che esige un atto, ha implicitamente contra di sè la presunzione di averlo conosciuto; dapoichè si presume, che gli uomini agiscono nei loro affari col discernimento, che l'interesse privato suggerisce. D'onde siegue, che quando vuole riveoire contra di questa presunzione così naturale e così logioa, spetta a lui di provare, essergli mancata la scienza per delle circostanze, che oon si suppongono di pieno dritto.

Un arresto di Caen dei 15 di febbraro 1842 (9) pare averlo deciso. Se si pesano i termini di questo arresto, si vedrà, che noo eitavasi nella causa verun fatto preciso di ratificazione, che si opponeva solamente un lungo silenzio, e che costava di noo esservi stata presentazione dell' atto.

1750. Del resto si comprende, che l'approvazione del testamento risulta da circostanze variabili, che la savìezza del Giudice dovrà valutare. Sono queste delle quistioni di fatto, abbandonate al buon seoso del Magistrato, il quale secondo le circostanze potrà tenere ragione giusta la esigenza dei casi del sesso, delle infermità, delle età, della qualità di contadino (10).

1751. Quando un testamento è oullo per difetto di forma, deve essere rigettato, nè può essere validato da qualsivoglia atto, ma è d'uopo, che sia rifatto (11).

Per verità era di regola presso i Romani, che un testamento nullo per difetto di forma poteva essere confermato da un codicillo, ma bisognava ben rilevare, che in tal caso il testamento uon valeva *jure directo* come testamento, ma bensì *jure fideicommissi* come codicillo (12). E la ragione si era, che la conferma del testamento per mezzo del codicillo era assimilata alla clausola codicillare (13). Si sup-

(1) Brodeau *su Louet*, *loc. cit.*, n. 2.

(2) Devill., 8, 2, 339.

(3) *Aggiungi* Besancon, 30 agosto 1814 (Devill., 5, 1, 168). Besansone, 29 marzo 1811 (Devill., 3, 2, 464).

(4) *Loc. cit. in fine.*

(5) *Aggiungi* Ricard, part. 3, n. 1559.

(6) Repert. di giurisprudenza, v. *Ratificazione*, n. 9, e v. *Testamento*, sez. 2, § 5, n. 3. Devill., 4, 1, 67.

(7) Quistioni di dritto, v. *Ratificazione*, § 5, o. 5. *Aggiungi* Grenier, n. 325. Toullier, t. VI, n. 519.

(8) Devill., 39, 2, 653; *Giorn. del Palazzo*, 1839, 2, 289.

(9) Devill., 42, 2, 199.

(10) « .... *Id vero aestimabitur ex cujusque persona,* « *conditione, aetate. Ex persona, quoniam mulierem* « *juris ignorantia excusabit; ex conditione, quoniam* « *militem aut rusticum; ex aetate, quoniam minorem* « *viginti quinque annis* .... » Cujacio, *Recit. solemn.*, *ad* § 1, l. 9, D., *De his quae ut indig. Aggiungi* Torino, 4 marzo 1805 (Devill., 2, 120).

(11) Ricard, part. 1, n. 1619. Argou, *Istituzioni di dritto francese*, l. 2, cap. 17. Besansone, 19 maggio 1809 (Devill., 3, 2, 73). Torino, 19 marzo 1810 (Devill., 3, 2, 231). Cassaz. 21 novembre 1814 (Devill., 4, 1, 632) Merlio, Repert., v° *Testamento*, t. XVII, p. 656, 637, 659.

(12) Giuliaoo, l. 2, § *ultim.*, D., *De juris codicil.*: « *Sed ex fideicommisso petitur, salva ratione legis fal-* « *cidiae.* »

(13) La Glossa sulla l. 1, C., *De codicillis*, paragooa il codicillo conformativo del testameoto alla clausola codicillare, per fare produrre dall'uoo e dall'altra il medesimo effetto.

poneva, che mercè tale conferma il testatore aveva voluto, che il testamento non potendo valere come testamento, valesse per lo meno come codicillo (1).

Ma nei paesi di consuetudine, nei quali non si faceva differenza tra i testamenti ed i codicilli, non si seguiva questa giurisprudenza, come l'attestano Ricard (2) ed Argou (3), e tre arresti del parlamento di Parigi, riferiti dal primo di questi autori (4). Nulladimeno bisogna dire, che Furgole pensava, che anche in paese consuetudinario la conferma di un testamento nullo, fatta in termini generali da un testamento posteriore, lo convalidava (5). Ma tal sentimento contrario alla giurisprudenza non era sostenuto dal suo autore con veruna ragione solida e neppure speciosa (6).

1752. Molti giureconsulti hanno esaminato, se un testamento nullo per difetto di forma produce nel fondo della coscienza un obbligazione naturale. Fachineo ha stabilito a tal riguardo una controversia dettagliata, nella quale esamina il *per* ed il *contra*, ed in diffinitivo pensa, essere tenuto l'erede *ab intestato* all'adempimento delle ultime volontà del defunto, se ha la certezza personale, che questa volontà è deliberata (7).

Hilliger su Doneau (8) è d'una opinione contraria, ed è di avviso, che un testamento nullo per difetto di solennità non può produrre nel foro interno veruna obbligazione. Le sue ragioni sono: 1. che il testamento attinge la sua forza non solamente nella volontà del testatore, ma anche nella sua regolarità, e che quale si sia la volontà del testatore, essa è contraria alla legge, e per conseguenza non obbligatoria, se non si è conformata alle condizioni, sotto delle quali la legge permette di testare; 2. che il difetto di solennità, che il testatore non ha potuto ignorare (perchè non si presume che alcuno ignori la legge), e nel quale ha persistito, è una pruova di non essere morto con l'intenzione di gratificare; 3. che il foro interno obbliga pure l'erede, istituito da un testamento nullo, a conformarsi alle leggi sulla successione intestata, ed a non ricevere una cosa, che non gli è legittimamente dovuta.

Qualunque cosa si possa dire e scrivere su questa quistione, che è piuttosto del dominio della teologia, che di quello della giurisprudenza, l'uomo delicato saprà sempre come condursi indipendentemente dall'opinione dei dottori. È questo un affare di coscienza, che deve regolarsi secondo le circostanze, e sul quale non è possibile di dare delle regole generali.

NOTA DEL TRADUTTORE.

Nonostante la varietà della redazione tra l'articolo del Codice Napoleone ed il nostro, il nostro dritto sull'effetto dell'inadempimento delle formalità, prescritto pe' testamenti, è conforme al dritto francese. Ed in vero per noi, non diversamente che pe' francesi, tutte le formalità scritte nel Codice pe' testamenti debbono essere osservate a pena di nullità, e la sola, che per noi è espressamente dalla legge eccettuata, era già stata eccettuata in Francia dalla giurisprudenza o dall'autorità degli scrittori. In queste dunque le nostre Leggi civili han voluto, non già introdurre un dritto nuovo, ma convertire in canone di Leggi quello, ch'era semplicemente l'opinione della giurisprudenza o della dottrina. In Francia non meno, che presso di noi non può elevarsi ad una nullità di forma l'inosservanza di una formalità del regolamento notariale, cui non è ammessa la pena di nullità; imperciocchè le nullità non si suppliscono, e la nullità in questo caso non si trova pronunziata nè dal Codice, perchè la formalità non è da esso ordinata, nè dal regolamento notariale, il quale la prescrive, ma non a pena di nullità.

SEZIONE III.

DELLE ISTITUZIONI DI EREDE E DE' LEGATI IN GENERALE.

ARTICOLO 1002 — (928).

Le disposizioni testamentarie sono o universali, o a titolo universale, o a titolo particolare.

Ciascuna di queste disposizioni, o che sia stata fatta sotto la denominazione d'istituzione di erede, o che sia stata fatta sotto la denominazione di legato, produrrà il suo effetto secondo le regole qui appresso stabilite pe' legati universali, pe' legati a titolo universale, e pe' legati particolari (a).

(1) Furgole, cap. 12, n: 50 e seg.
(2) *Loc. cit.*
(3) *Loc. cit.*
(4) I due primi arresti sono stati renduti nella prima camera di appello del parlamento di Parigi il 6 agosto 1602 e 13 febb. 1607, ed il terzo è un arresto della gran camera del lunedì 22 febb. 1638.
(5) Furgole, *loc. cit.* n. 59.
(6) Merlin, Repert., v° *Testamento* t. XVII, p. 652.
(7) Fachineo, *Controv.*, l. 4, cap. 5.
(8) Lib. 6, cap. 9, nota 1.
(a) A quest'articolo corrisponde l'art. 928 delle Leggi civili. Il primo comma è identico; il secondo dice:
« Ciascheduna di queste disposizioni, tanto se sia fatta

Digitized by Google

SOMMARIO

COMENTARIO

1753. Il nostro articolo ripete ciò, che è stato detto nell'articolo 967, cioè che la denominazione d' istituzione di erede, od ogni altra, propria a manifestare la volontà del disponente, non cambia nulla all' essenza della disposizione, e non vieta, che non produca gli effetti più o meno estesi, che l' intenzione del testatore vi ha impresso. Il perchè non bisogna attaccarsi alla scorza delle parole per giudicare dell' estensione di una disposizione testamentaria, ma è la volontà, che si eleva e domina sopra tutto. Adesso tutte le denominazioni sono indifferenti.

Non era così nell' antica legislazione; e vi era una grande differenza tra l' istituzione di erede ed il legato giusta i principî del diritto romano, seguiti nei paesi di dritto scritto. Abbiamo già rapidamente percorsa (1) l'istoria di questa parte della giurisprudenza, che ha preceduto il codice Napoleone, e l' abbiamo paragonata coi principî adottati in paese di consuetudine. Ritorniamo ancora su questo punto onde mettere in luce certi dettagli importanti, che abbiamo semplicemente indicato.

1754. Secondo il dritto romano l'istituzione di erede era una solennità intrinseca del testamento. Se mancava, l' atto era nullo (2). Bisognava necessariamente, che il disponente si scegliesse nel testare l' erede, che doveva succedere a tutti i suoi dritti. Questo erede rappresentava il defunto, ed era impossessato di dritto, e senza avere bisogno di dimandare il rilascio agli eredi *ab intestato* di tutto ciò, che era appartenuto al defunto, di tutto ciò, che componeva l'eredità. A lui bisognava dirigersi per lo pagamento dei legati, dei fedecommessi, dei debiti ecc. (3).

L' origine di questa solennità veniva dalla predilezione, che i Romani avevano per l'esercizio del potere di testare. Ogni cittadino romano aveva impegno di avere un erede di sua scelta: morire intestato era una specie di onta, e le successioni legittime avevano luogo soltanto in mancanza di successioni testamentarie (4).

1755. Anche più, le successioni legittime erano incompatibili con le successioni testamentarie per la massima, che un medesimo individuo non poteva morire « *partim testatus*, « *partim intestatus* (5). »

Ecco quali erano il senso e l' effetto di questa massima. Si distinguevano le istituzioni in universali e particolari. L'istituzione universale comprendeva tutte le cose dell'eredità. L'istituzione particolare era quella, che si applicava soltanto ad una disposizione particolare, come al legato di una somma o di un effetto o anche di una certa specie di beni (6). Se il testatore non esauriva la totalità dei suoi beni con legati o altre disposizioni, il rimanente del patrimonio non era accordato agli eredi *ab intestato* giusta l' ordine della successione legittima, ma riunivasi ai beni, che componevano l'istituzione parziale nelle mani dell' erede istituito. Dapoichè sin dal momento, in cui vi era un testamento valido, i successori legittimi non potevano pretendere nulla, ed erano esclusi dallo erede scelto o instituito, anche in una sola cosa dell' eredità (7).

1756. Abbiamo detto, che senza istituzione di erede il testamento era nullo. Tal era la decisione di più leggi comprese nel Digesto, e particolarmente della legge 1 paragrafo ultimo *De vulg. et pup. subst.* « *Sine heredis insti-*

« sotto la denominazione d'instituzione di erede, quanto « di legato, produrrà il suo effetto secondo le regole « qui appresso stabilite per la istituzione di erede o le- « gati universali, pe'legati a titolo universale, e pe'le- « gati particolari. » — La locuzione è più precisa, ma la disposizione è la stessa. *Il trad.*

(1) *Sopra*, n. 1434 e seg.
(2) Cajo, *comm.* 2, § 229.

(3) Furgole, cap. 8, sez. 1, n. 11. Voët, lib. 38, t. V, n. 1 *e seg.*
(4) Legge delle Dodici-Tavole.
(5) *Sopra*, n. 1434
(6) Ulpiano, l. 35, §§ 2 e 3, D., *De haered. instit.*
(7) Ulpiano, l. 1, § 4, D., *De haered. instit.* Papiniano, l. 41, § 8, D., *De vulg. et pupil. subst.* Furgole, cap. 8, n. 23.

Digitized by Google

« *tutione nihil in testamento scriptum va-* « *let* (1). » L'ordinanza del 1735 non vi apportò veruna cambiamento pei paesi di dritto scritto. Nondimeno il testamento poteva valere come codicillo, se era provveduto della clausola codicillare formalmente espressa (2).

Gli antichi giureconsulti romani spingevano così lontano il rigore del principio relativo alla necessità dell'istituzione, che esigevano, venisse messa nel principio del testamento; ma in prosieguo si rallentò questo rigore esagerato, che dava maggior peso all'ordine della scrittura, che alla volontà del testatore, e si ritenne come sufficiente,che la istituzione fosse formale nel testamento (3).

1757. Siccome vi erano delle istituzioni universali e delle istituzioni particolari,si domanderà senza dubbio come era possibile, che siasi ammessa l'istituzione particolare, mentre era d'uopo che l'instituzione comprendesse la totale successione del defunto. La spiegazione non riceve veruna difficoltà; eccola:

L'instituzione particolare poteva essere sola nel testamento, ovvero accompagnare una instituzione universale.

Se era sola, e che il testatore non avesse disposto della totalità del suo patrimonio, tutto quello che era rimasto di disponibile si accresceva all'instituito, come abbiamo veduto (4), all'erede *in re certa*. Il quale accrescimento aveva luogo, anche quando il testatore l'avesse vietato, e l'instituito diveniva erede per il tutto, *detracta fundi mentione* (5).

Che se il testatore aveva esaurito tutto il suo patrimonio, e che la cosa, che formava l'istituzione, non valesse il quarto dell'eredità, allora l'erede giusta il benefizio della legge falcidia poteva ritenere su i legati e fedecommessi di che completare questo quarto. In effetti codesta legge per arrestare la licenza dei testatori, ed impedire, che le eredità non divenissero onerose, aveva riservato all'instituito il quarto dell'eredità (6).

Si vede, che in questi due casi l'instituzione diveniva per così dire universale, e che cessava di essere circoscritta *in re certa*.

1758. Esaminiamo ora la seconda ipotesi, vale a dire quella, in cui l'instituzione *in re certa* accompagnava soltanto una instituzione universale. Allora l'istituito universale era veramente l'erede, e l'instituito *in re certa* diveniva un semplice legatario, che avera però un gran vantaggio sugli altri legatari, ed era, che se l'erede instituito moriva prima del testatore, o ripudiava, l'erede *in re certa* prendeva il di lui posto, e diveniva erede universale in esclusione dei successori *ab intestato* (7).

1759. In tutte le ipotesi, che abbiamo esaminato, la cosa certa, espressa nell'instituzione, non era considerata, che come prelegato, vale a dire come una cosa legata per precapienza (8). D'onde una rimarchevole conseguenza, cioè che questa cosa nella sua qualità di prelegato non era sottoposta al pagamento dei debiti e dei pesi dell'eredità, perciocchè i debiti dovevano essere pagati dall'erede quando succedeva al dritto dell'eredità (9), e non già quando profittava di un emolumento a titolo di prelegato.

1760. Del resto la solennità dell'instituzione era richiesta soltanto nel testamento, che solo aveva il carattere civile e romano, e che solo ancora poteva fare un erede. Essa non era necessaria nè nella donazione a causa di morte, nè nel codicillo, nè nelle divisioni *inter liberos* (10) che erano un modo di disporre introdotto dalle conquiste del dritto naturale.

1761. Veniamo ora al legato. Il legato era uno smembramento fatto dall'eredità, smembramento per lo quale il testatore toglievà qualche cosa dall'universalità, che sarebbe appartenuta all'erede, per conferirlo a qualcuno con dei termini diretti (11).

I legati non davano il possesso, ma il legatario era obbligato di dimandare il rilascio all'erede instituito: « *Legatum est donatio* « *quaedam a defuncto relicta, ab haerede* « *praestanda* (12) ».

Nell'antico dritto non si poteva fare dei legati senza istituire un erede, perchè i legati non potevano essere fatti, che per testamento. E siccome l'istituzione di erede era necessaria pel testamento ne seguiva, che i legati non potevano avere esistenza, se non camminavano a lato dell'instituzione (13). Giusta tali principî il legato era molto differente dal fedecommesso(14), imperciocchè il legato era la forma civile, ed il fedecommesso era la forma del dritto naturale. I legati si facevano in termini diretti, ed i fedecommessi in termini obliqui(15). I legati non si potevano fare, che per testamento o per codicillo confermato; i fedecommessi per lo contrario potevano farsi per codicillo non

(1) *Aggiungi* Papiniano, l. 10, *De jure codicil.*
(2) Furgole, cap. 8, n. 38.
(3) Cajo, *comm.* 2, § 229, Instit., §34, *De legatis.*
(4) N. 1755.
(5) Ulpiano l. 1, § 4, D , *De haered. instit.* Doneau, *Comm.*, l. 6, c.18, n. 18
(6) Cajo, *comm.*, 2, § 227. Eineccio, , *Instit.*, l. 2, t. XXII, §§ 648, 649, 650. Voët, l. 35, t. 11, n. 3
(7) Furgole cap. 8, n. 26. Ricard, part. 1, n. 1368. Doneau, *Comm.*, l. 6, cap. 18, n. 20. Hilliger *su Doneau, loc. cit.*, nota 12. Fabro, *De error. pragmat.*, 15 *decad.*, *err.* 5. Fachineo, *Controv.*, l. 4, cap. 15.
(8) Furgole, cap. 8, n. 32 e 33. Eineccio, *Instit.*, l. 2 t. XIV, p. 543, *nota.*
(9) Furgole, *loc. cit.*
(10) Furgole, cap. 8, n. 40.
(11) Florentino, l. 116, *proem.*, D., *De legat.*, 1° Eineccio, *Instit.* l. 2, t. XX, §§ 601, e 602.
(12) Instit., *De legatis*, § 1. Furgole, cap. 10, n. 26.
(13) *Sopra*, n. 45, sull'art. 893.
(14) Cajo, *comm.* 2, §§ 268 e seg.
(15) Cajo, *comm.* 2, § 249.

Digitized by Google

confermato dal testamento, nè erano altra cosa, che una preghiera, che il defunto dirigeva al suo erede legittimo o al suo erede testamentario.

Successivamente tutte queste differenze furono abolite; i legati furono assimilati in tutto ai fedecommessi, e produssero il loro effetto in quali si fossero termini, ne' quali venissero concepiti(1). I legati potettero farsi senza solennità ed essere lasciati anche per codicillo, purchè vi fossero stati cinque testimoni (2). Ma rimase sempre tra la istituzione di erede ed il legato, per quanto considerevole si fosse, una differenza, che Giustiniano estese sempre dippiù, vale a dire, che l'erede era impossessato di pieno dritto, mentre il legatario doveva dimandore il rilascio. Diciamo, che Giustiniano estese questa differenza, perchè prima di lui vi erano certi legati, quelli chiamati *per vindicationem*, che non erano sottoposti al rilascio, e dei quali i legatari potevano prendere possesso di propria autorità e senza il consentimento dell' erede. Giustiniano uguagliò tutti i legati tra loro, e volle, che tutti fossero sottoposti al rilascio.

1762. I principii dell' antica legislazione francese erano ben differenti da quelli, dei quali abbiamo fatto l' esposizione. Ne abbiamo riferito più sopra le principali disposizioni(3). Nella più parte delle consuetudini si aveva come massima, che la volontà dell' uomo non poteva fare no erede (4); le successioni erano deferite *ab intestato* ai successori legittimi: eglino erano impossessati, e rappresentavano la persona del defunto secondo la famosa regola: « *il morto impossessa il vivo* (5). » Tutto ciò, che il testatore poteva fare, era di gratificare a titolo di legatari coloro, su i quali voleva spandere i suoi benefizi. Ma questi legatari anche universali, erano obbligati di dimandare il rilascio agli eredi del sangue.

In una parola i testamenti nel dritto consuetudinario non erano, che dei semplici codicilli (6), ed i legati non erano, come dice d' Aguesseau, più sopra citato (7), che delle disposizioni simili ai fedecommessi dei Romani.

Vi erano anche delle consuetudini, che spingevano così lontano l' avversione per l' instituzione di erede, che volevano, non valesse questa istituzione neppure a titolo di legato (8). Ma in generale l'istituzione era convertita per benigna interpretazione(9) in legato universale sino alla concorrenza delle legittime, e con la condizione di dimandare il rilascio agli eredi del sangue.

1763. Siegue da questo stato di cose, che il sistema consuetudinario era così assoluto in favore degli eredi *ab intestato*, come il dritto romano lo era a favore degli eredi istituiti. Nel primo tutto si riferiva alla volontà della legge, alla famiglia, alla regola, *il morto impossessa il vivo*. Nel secondo tutto era dominato dalla volontà dell'uomo, più forte del voto della legge e del legame del sangue. Il dritto romano conferiva alla volontà dell' uomo il potere di fare degli eredi, e non chiamava gli eredi del sangue, che in mancanza degli eredi testamentari. Il dritto francese riconosceva la legge sola capace di fare degli eredi. Nel dritto romano l' erede istituito era impossessato di tutti i beni e de' dritti del defunto, anche in pregiudizio del legittimario; dapoichè sebbene la legge facesse un dovere pel testatore d'istituire i suoi discendenti od ascendenti, o fratelli, o sorelle germane, nondimeno poteva limitarsi ad instituirli *in re certa*, e creare un erede universale di sua scelta, che solo avesse il possesso dei beni (10). Nel dritto francese per contrario spettavano al sangue l' onore ed il privilegio del possesso, ed i dritti di famiglia, base delle successioni *ab intestato*, giacevano assolutamente sulla volontà dell' uomo (a).

(1) Instit., *De legatis*, § 3, *Infra*, n.i 1793 e 1794.

(2) Einecceio, Instit., l. 2, t. XX, § 606. Merlin, Repert., v° *Legato*, p. 300. *Infra*, n. 2048, art. 1035.

(3) *Sopra* ni. 1434 e seg.

(4) N. 1436.

(5) V. su questa regola M. V. Ricard, *Rivista straniera*, t. IX, p. 35, 777, 991.

(6) Furgole, cap. 8, sez 1, n. 9.

(7) N. 1440.

(8) Furgole, cap. 7, n. 6. Legrand, *su Troyes* t. VI, art. 96. Borbonese, art. 324. Meaux, art. 28 Chaumont, art. 83. Vitry, art. 101, e la nota di Dumoulin. Delaurière *su Loisel*, n. 2, t. IV, sez. 5.

(9) Coquille *sul Nivernese* t. XXXIII, art. 10.

(10) *Sopra*, n. 739.

(a) L'antico dritto consuetudinario napoletano riteneva dal dritto normanno la regola *paterna paternis, materna maternis*, la quale limitava per disposizione delle nostre consuetudini napoletane e conseguentemente pei beni siti nel Distretto di Napoli la facoltà di testare. Il che sebbene non abbia nulla di simile alle consuetudini francesi, che accordavano il possesso all'erede del sangue, pure antepone come quelle l' interesse della famiglia alla volontà del testatore.

Aveva ciascuno il dritto di disporre per testamento de' beni da lui acquistati nel modo, che meglio credeva, salva però la legittima dovuta agli ascendenti o discendenti, ma relativamente a' beni aviti ed antichi questa facoltà limitavasi alla sola metà, dovendosi l'altra metà necessariamente trasmettere a' figli, se ve n'erano, ovvero in mancanza di essi a' più prossimi parenti del lato, dal quale i beni provvenivano (*). Potevasi però di tutti tali beni disporre con atti tra vivi sia a titolo oneroso o lucrativo, menochè non si facesse in frode della consuetudine.

Dicevansi beni antichi quelli pervenuti da' congiunti agnati o cognati a titolo di successione, di legato, o a qualunque altro titolo lucrativo, esclusi quelli acquistati a titolo oneroso. Dubitavasi se dovessero ritenersi come beni antichi i beni pervenuti al padre od alla madre dalla successione de' figli, ma era tale quistione risoluta quasi da tutti affermativamente. Meno di accordo si era sull'altra quistione, se dovessero ritenersi come beni antichi quelli, ch' erano stati acquistati col denaro ereditario degli agnati o de' cognati, o col prezzo ricavato dall' alienazione de' beni ereditari dei medesimi: da' più risolvevasi tale quistione negativamente per la ragione, che il denaro contante rinvenuto nella eredità o il prezzo de' fondi alienati era una pro-

(*) Consuetudine *Et si testator, De success. mor. sin, fil. ex testamento.*

1764. Tra queste due legislazioni così opposte il codice ha preso un partito medio (1), che deriva dai principî adottati sulla disponibilità dei beni. Colui, che ha dei discendenti o degli ascendenti, non può creare degli eredi, e gli eredi del sangue sono i soli impossessati dalla legge. Il testatore non può fare, che dei legati limitati alla quota disponibile, la quale non è, che una delibazione dell'eredità. Quando anche volesse spogliare i riservatari del possesso, non lo potrebbe (2), perchè è un privilegio di famiglia messo per l'onore del suo sangue al di sopra del suo capriccio.

Ma se il testatore non ha nè ascendenti nè discendenti, può disporre degl'intieri suoi beni senza alcuna riserva, e può creare un erede. Allora questo erede è impossessato, come nel dritto romano, in pregiudizio degli eredi *ab intestato*. E se questi eredi *ab intestato* fossero gratificati di qualche legato, sarebbero obbligati di dimandarne il rilascio all'erede istituito.

Questo miscuglio del dritto romano col dritto consuetudinario, così felicemente appropriato ai costumi francesi, è dovuto al consolo Cambacérès (3)

Del resto il codice Napoleone non esige come il dritto romano, che nel caso in cui l'instituzione di erede può aver luogo, il testamento sia a pena di nullità rivestito della formalità interna dell'instituzione. Il testatore può a sua volontà dare tutti i suoi beni o parte dei suoi beni. L'instituzione universale avrà ad arbitrio il titolo d'instituzione o di legato, nè la denominazione cambierà la sua natura. Che se il testatore dà una parte sola dei suoi beni, la porzione vacante accrescerà all'erede *ab intestato*, o al legatario universale, che avrà il possesso dei beni, ed al quale si dovrà dimandare il rilascio. In tal caso si presumerà, non avere voluto il disponente turbare l'ordine della successione legittima, nè altro avrà fatto, che diminuirne l'emolumento con dei legati. Così si trova abolita questa regola del dritto romano, che non si poteva morire ***partim testatus, partim intestatus.***

1765. Per ritornare a quello, che forma l'obbietto speciale dell'art. 1002 termineremo dicendo, che la instituzione non è più presa oggi nel senso rigoroso, che le si dava nel dritto romano; che un legato particolare può essere fatto sotto il titolo d'instituzione, come una istituzione può essere fatta sotto il titolo di legato. Le disposizioni testamentarie non traggono il loro effetto dalla loro denominazione, ma dall'estensione, che il testatore ha voluto loro dare. Era necessario, che il codice si spiegasse su questo punto, poichè da un lato certe consuetudini, spaventate dalla parola «instituzione, annullavano la disposizione tutta «intiera, senzachè potesse valere come legato (4), e dall'altra parte il dritto romano attaccava alla stessa parola una importanza straordinaria e degli effetti privilegiati.

1766. Il nostro articolo distingue sotto il rapporto della estensione tre specie di legati. Il legato universale, il legato a titolo universale, ed il legato particolare. L'articolo seguente si occupa del legato universale. Ne esamineremo con esso le circostanze.

SEZIONE IV.

DEI LEGATI UNIVERSALI.

ARTICOLO 1003 — (929)

Il legato universale è la disposizione testamentaria, con la quale il testatore dà ad una o più persone l'universalità de' beni, che lascerà nel tempo della sua morte (a).

prietà libera o di libera disposiziono dell'erede, il quale nell'invertirlo nell'acquisto di fendi, non ereò beni della successiene, a lui delerita, ma fece un aequiste particolare, nè in questo il prezzo succede in luogo della cosa (*).

La metà do' beni antichi dovuti a' figli era devuta a tutti ugualmenta o senz' olcun pese, ma n'erane esclnse le figlie femmine, como ereno escluse da' beni, che si deferivano alla linea, dallo quala erano pervenuti, lo donne, cha vi appartenevano. Ciò derivava da che questa motà di beni si deferiva con l'ordine della successione intestata, o ta donne erano esclnso da talo successiono.

Disputavasi pure tra gli scrittori, se questa motà venisse trasmessa *jure ereditario*, o quindi fosse tenuta al pagamente de' debiti. L'afformativa ora ritenuta per la cousiderazione, che questa metà a somiglianza della legittima nen potovasi altrimenti dimandare, cho cen le *condictio ex lege*, e che per assa non meno, ehe per la legittima non s'intendono i beni ereditari, se non detratti i debiti. Però sposso il Sacro Censiglio decise, che quando i beni di detta metà erano stati obbligati a pagare per l'azione ipotecaria de' debiti dell'eredità, devevano esserne rivaluti da' boni di particolare acquisto (**).

Che so mai ecini, cni la detta metà do' beni spottava, fosse stato istituito eredo, o fosse succeduto *ab intestato*, nen putova egli rinunziare all'eredità o ritenere la sopredetta metà do' boni, come noe peteva il legittimario rinunziare alla successione, ritenendo lo legittima, per le motivo, che niuno peteva ritenare una perte dell'eredità o rinunziarne un'altra (***). *Il trad.*

(1) N. 1439, sull'art. 967.

(2) Merlin, Repert., v° *Legatario*, § 2, p. 745.

(3) Sessione del consiglio di Stato do' 27 ventoso aono, XI (Fenet, t.XII, 396. Locré, t.XI, p.245 a 255).

(4) *Sopra*, n.i 1436, 1762.

(a) L'art. 929 delle nostre Leggi civili dice. — «*La*

(*) Maffei. *Instit. jur. civ. neapol.* lib. 4, cap. 2, §. XV.

(**) Maffei *loc. cit.* §. XVIII e XIX.

(***) V. Maffei *loc. cit.* §. XXII.

Digitized by Google

SOMMARIO

COMENTARIO

1767. L'articolo 1003 dà la definizione del legato universale; questa disposizione imprime in questa sorte di legato un carattere differente da quello, che aveva nel diritto antico.

Ed in effetti secondo la giurisprudenza anteriore al codice Napoleone il legato universale si confondeva col legato, oggi chiamato dagli art. 1002 e 1010 legato a titolo universale. Il legato universale era quello, che comprendeva l'universalità o anche una quota, il terzo, il quarto, il vigesimo dei beni (1).

Il progetto dal codice Napoleone non faceva neppure distinzione tra il legato dell'universalità ed il legato di una quota. L'art. 85 (2) del progetto si limitava a dividere i legati in legati a titolo universale ed in legati a titolo particolare. Ma essendosi elevati nella sezione di legislazione (3) la quistione, se l' erede *ab intestato* dovesse o no avere il possesso, si venne ad accorgersi che essa dipendeva dalla maggiore o minore latitudine del dritto dei legatari, e si pervenne a fare la distinzione dei legatari a titolo particolare, dei legatari di quota, e de' legatari universali, onde non togliere il possesso all' erede *ab intestato* non riservatario, se non unicamente a profitto del legatario, che più completamente rappresenta va il defunto per l' universalità del suo titolo (4).

Giusta la definizione del legato universale data dal nostro articolo, sulla proposizione del tribunato (5), il legato di una quota non fa dunque più parte ora della categoria dei legati universali. Il codice Napoleone lo chiama legato a titolo universale, e gli consacra delle disposizioni speciali.

1768. La definizione del legato universale comprende due punti distinti; le persone e le cose.

E dapprima secondo il nostro articolo il legato universale può essero fatto a più persone. In questo caso non vi potrebbe essere difficoltà, quando il legato universale è fatto congiuntamente e senza attribuzione di parte, come quando dono l' universalità dei miei beni a Sempronio ed a Caio: Evidentemente se Sempronio non potesse raccogliere, Cajo non resterebbe meno legatario universale, e profitterebbe della parte vacante, meno a causa del diritto di accrescimento, propriamente detto, (6) che per l' energia dell' universalità del titolo, che abbraccia tutto quello, che non è eccettuato.

Ma se il testatore avesse detto: lego il quarto

« *istituzione di erede* o *il legato universale* è la dis-
« posiziono testamentaria con la quale il testatore dà...»
E prosegue come il Codice Napoleone. *Il trad.*

(1) Pothiar, *Donaz. testam.*, cap. 2, sez. 1, § 2, Ferrières *su Parigi* t. XV, art.341, n.10. Furgole cap. 8, n. 24. Merlio, Repert., v° *Legatario*, § 1, p. 743.

(2) Fenet, t. XII, p. 384.
(3) Feoat, t. XII, p. 387.
(4) Feoel, cop. 12 p. 432.
(5) Fonet, p. 460.
(6) Art. 1044. *Infra* n.i 2160 e seg.

Digitized by Google

dei miei beni a Cajo: indi con un'altra disposizione: Lego i tre quarti a Sempronio —, la cosa sarebbe diversamente, giacchè il testatore non avrebbe fatto, che dei legati di quota. Da che siegue, che il titolo non essendo universale, e le porzioni essendo divise, non vi sarebbe luogo ad accrescimento. Il testamento conterrebbe due distinti legati, senza relazione nè connessità, e la parte vacante accrescerebbe all' erede *ab intestato*.

1769. Nulladimeno ciò deve intendersi per modo da non attaccare alle formole, delle quali il testatore si è servito, un senso letterale, che fosse di natura da alterare il pensiero di congiunzione, che nel fondo dominerebbe la sua disposizione. Così il testatore può indicare le parti nell' unico scopo di prevenire le difficoltà della divisione e di esprimere una idea di uguaglianza e di proporzionalità tra i condividenti. Quando per esempio egli dice: « Lego ai miei tre domestici, che da molti anni « sono al mio servizio, l' universalità dei miei « beni, per essere tra loro divisa per terzo », è chiaro, che allora l' indicazione delle parti versa meno sullo stesso legato, che sulla esecuzione (1).

1770. Un caso più difficile si è presentato innanzi la corte di Limoges (2).

Un testatore aveva legato a Primo una porzione d'immobili, che formavano presso a poco il terzo della sua successione, ma nel tempo stesso aveva dichiarato d' instituirlo suo legatario universale. Aveva fatto un simile legato a secondo e Terzo, dichiarando in ciascuna delle disposizioni concernente ciascuno di loro, che gl' instituiva suoi legatari universali. Dippiù distribuiva loro per terzo il grano, che doveva trovarsi in sua casa, e nominava un esecutore testamentario dopo di avere gravato i suoi tre legatari universali di pagare i legati e le rendite vitalizie, e di soddisfare i debiti ed i pesi della successione. Siccome il testatore aveva obliato qualche oggetto nella distribuzione, che dei suoi beni aveva fatto col testamento, il suo erede *ab intestato* pretese, che spettasse a lui di raccorli per la ragione, che il testatore non aveva fatto, che dei legati a titolo particolare e non dei legati universali. Ma la corte di Limoges con suo arresto delli 8 di ottobre 1837 decise, valutando tutte le circostanze della causa, che il testatore aveva voluto associare i tre legatari, dapprima pel titolo di legatario universale, che a tutti e tre aveva dato, ed indi per l' obbligazione comune di pagare i debiti e gli altri pesi della successione, obbligazione, che per l' ordinario non s' impone ai legatari a titolo particolare; che se aveva fatto delle quote era stato unicamente per fare la distribuzione dei suoi beni, e prevenire le difficoltà di una divisione.

1771. Non vi è minore difficoltà nella specie seguente, ove la stessa quistione si presenta con più complicate circostanze.

Un testatore fa a diverse persone, nel cui numero si trova il suo erede *ab intestato*, dei legati particolari, che esauriscono tutto il suo avere; poi termina, dicendo: « Nel caso che « mi sopraggiungono degli avvenimenti sven« turati, che vietano al mio esecutore testa« mentario di rilasciare a ciascuno il legato, « che loro fo, eglino subiranno per tal motivo « una diminuzione proporzionata; nel caso « contrario godranno di un aumento alla stessa « condizione di essere proporzionale. »

Quest' ultima disposizione contiene forse un legato universale? Non è forse equivalente a quella, mercè la quale un testatore avesse dato a molti tutto il soprapiù eventuale della sua successione?

La corte di Bordeaux (3) si è pronunziata per l' affermativa, perchè vi ha veduto un legato universale, che comprendeva tutto il residuo della successione, senza eccettuarne nulla; ha fortificato questa soluzione con la seguente osservazione, cioè, che l' erede *ab intestato* trovandosi nel numero dei legatari particolari, divideva con ciascuno di loro la sorte comune; che d' altronde era impossibile di supporre, che il testatore avesse lasciato al di fuori delle sue disposizioni qualche porzione della sua eredità, che potesse poggiarsi sulla testa del detto erede per dritto di successione legittima. Un ricorso essendo stato prodotto contra di questo arresto innanzi la corte di cassazione(4), è stato rigettato dalla camera dei ricorsi il 13 di agosto 1817.

La più seria obbiezione, che si potrebbe fare contra di questa decisione, è che il testatore nel volere, che la successione fosse ripartita tra i suoi legatari in proporzione dell' importanza dei legati, sembrava di avere assegnato delle parti, che distruggevano ogni pensiero di congiungimento. Ma qui, come nelle specie precedenti, era facile di rispondere, che queste parti erano state prese in considerazione dal testatore unicamente come regola di divi-

(1) Cassaz. rigetto 18 ottobre 1809 (Devill., 3, 1, 115) *Aggiungi* Cassaz., 19 ottobre 1808 (Devill., 2, 2, 590) Cassaz., 14 marzo 1815 (Devill., 1, 5, 27. V. questi arresti *infra* n.i 2175 e seg.) Colmar, 26 maggio, 1821 (Dalloz, 1821 2, 292) Cassaz., rigetto di Parigi, 22 febbraio 1841 (Devill., 41, 1, 535. *Giornale del Palazzo*, 1841, 2, 18). Bordeaux, 27 febbraio 1844 (Devill., 44, 2, 331. *Giornale del Palazzo* 1844, 2, 468).

(2) 8 ottobre 1837 Devill., 39. 2, 27. *Giornale del Palazzo* 1839, 1, 240.)

(3) 29 maggio 1816 (Devill., 5, 2. 361).

(4) Cassaz., rig. 13 di agosto 1817 (Devill., 5, 1. 61) *Aggiungi* Douai, 26 agosto 1847 (dopo arresto di divisione) (*Gior. del Palazzo* 1848, 1, p. 81). Cass., ricorso (Douai), 8 agosto 1848 (Devill., 1, 66, e seg).

sione, e per prevenire le difficoltà tra tutti gli aventi dritto.

1772. Nondimeno tale non è stata la decisione della corte d'Orléans in un caso, che offre con la precedente delle notevoli analogie.

Il signor Jahan fa un testamento per distribuire la sua fortuna tra i suoi collaterali; agli uni dà del denaro, ed altri degl' immobili, e tal testamento si termina con questa clausola finale.

« Quello, che resterà della mia successione « dopo del pagamento dei soprascritti legati, « apparterrà per accrescimento proporzionata« tamente a quei miei legatari, ai quali ho « fatto dei legati in denaro; se vi sia *defi« cit*, sarà sopportato da loro nell' istessa ma« niera. »

Su di ciò sorge la quistione, se i legatari in denaro, investiti del residuo della successione, sono legatari universali. E la corte d'Orléans decide con arresto dei 21 di agosto 1831 (1), che non lo sono. Le sue ragioni sono ricavate da che il legato non era stato fatto collettivamente e senza distinzione dei legatari tra loro. Ma non si può dire, che l'arresto di Orléans, separandosi su questo punto dalle decisioni, che abbiamo più sopra riferite (2), si è forse tenuta con uno spirito troppo formalista a delle apparenze esteriori? Quello, che vi è di certo, si è che questa corte s'inganna, quando dichiara, che la disposizione, che qui discutiamo, presenta una situazione simile a quella, nella quale si vedessero tutti i i legatari particolari, che esauriscono una successione, riunirsi tra loro, e sostenere, che dalla loro collezione risulta la pruova di una disposizione universale. Niuno dubita, che questi legatari particolari non sarebbero su di ciò in un grand' errore, dapoichè l'accidente della loro riunione non aggiunga nulla all'estensione precisa e tuttaffatto limitata dei loro legati. Ma da ciò non v'ha nulla da conchiudere contra i legatari particolari della specie giudicata in Orléans, perocchè ai loro titoli limitati e particolari, veniva ad aggiungersi una disposizione, che ripartiva tra loro tutto il residuo della successione.

1773. Da tutto questo nasce una riflessione, che domina questa materia, e della quale la corte d'Orléans non è stata forse bastantemente penetrata (3), ed è, che il legislatore non ha fatto dipendere il carattere e gli effetti del legato universale tra più persone dalle strette condizioni di congiungimento, alle quali il dritto di accrescere è legato giusta l'art. 1044 del codice Napoleone (a). Questo articolo non è la legge della materia, che ci occupa; esso è scritto solamente per le disposizioni limitate e non per le disposizioni universali, cui tutto si deve accrescere per lo stesso potere della loro universalità (4). Epperò indarno si vorrebbe vedere un legato universale tra più persone solamente quando gl' instituiti fossero riuniti *re et verbis*, e che non figurasse nel testamento una menzione di parte o di porzione. Il legislatore si riporta su questo punto alla volontà del testatore, e spetta al Giudice di ricercare il carattere di universalità, che può avere il legato, nei fatti, che spiegano le intenzioni espresse nel testamento.

1774. Il nostro articolo dice, che il legato universale è la donazione dell' universalità dei beni (5), il che è ben differente della donazione della totalità, perocchè quest' ultima parola comprende un tutto senza alcuna esclusione, nè eccezione, mentre per lo contrario la parola universalità non è così energica; questa si prenda nel senso di una latitudine, che per dritto abbraccerebbe tutto, se non si trovassero nel fatto delle eccezioni o delle delibazioni. Dal che avviene, che un individuo può essere legatario universale, e nondimeno trovarsi gravato di considerevoli legati, tali da esaurire anche il patrimonio (6).

Da ciò pure deriva potersi istituire un legatario universale, comunque debba subire il concorso degli eredi legittimari (art. 1004) (b). Sebbene il legatario sia obbligato di dimandare a questi ultimi il possesso legale, non rimane meno investito di tutti i dritti del defunto, salva la porzione indisponibile, ed il suo titolo è anche più largo di quello dei legittimari, perchè raccoglie i legati caduchi o ripudiati (7). Quando il signor Zachariae (8) ha sostenuto, non essere un tal legato in se stesso, che un legato a titolo universale, non ha fatto attenzione, che urtava di fronte l'art. 1004, il cui testo è così chiaro da non lasciare luogo alla discussione.

1775. Adunque il legato universale comprenda tutti i diritti (9) sia attuali sia eventuali, che appartenevano al defunto, salvo

(1) Devill., 32, 2, 146.
(2) N.i 1769, 1770, 1771.
(3) La corte d'Aix l'aveva tuttaffatto obliata nell'arresto Mérindol del 15 di giugno 1809, severamente criticato dal sig. Merlin, (Repert., di giurisp. v° *Legatario*, § 2, n. 18 *bis*, p. 736, col. 1).
(a) Leggi civili art. 999. *Il trad.*
(4) *Sopra*, n. 1768. Merlin, *loc. cit. Infra*, n. 2188.
(5) « *Res per universitatem adquiruntur.* » (Cajo, *comm.* 2, § 97, Instit., *Per quas person. nob. adquir.*, § 6.) *Aggiungi* Ulpiano l. 1, D., *Quorum bonorum.*
(6) Parigi, 12 marzo 1806 (Devill., 2, 2, 122). Cas. 14 luglio 1830 (Dalloz, 1830, 1, 374).
(b) Art. 929 delle Leggi civili. *Il trad.*
(7) Grenier, n. 349, Toullier, t. V, n. 679. Coin-Delisle n. 9, sull'art. 1047.
(8) § 711, t. V, p. 379.
(9) I dritti sono beni: « *Æque bonis adnumerabitur « etiam, si quid est in actionibus, petitionibus, perse« cutionibus; nam haec omnia in bonis esse videntur.* » (Ulpiano l. 49, D., *De verbor. significat.*)

quello, che egli stesso ne ha distratto con delle disposizioni positive, e salva sempre la porzione del patrimonio riserbata ai legittimari.

Dico che il legato universale deve contenere i dritti eventuali o futuri, perciocchè l'universalità abbraccia non solamente il presente ma anche l'avvenire. Un testatore può esaurire la sua fortuna con dei legati particolari; allora egli dispone di tutto quello, che ha, senza fare delle disposizioni universali. Egli si occupa unicamente del presente, parla soltanto delle cose circoscritte *loco, natura*; e da ciò siegue, che tutti i suoi diritti futuri entrano nella sua successione *ab intestato*.

Nè a questa regola, spettare al legatario universale di profittare dei dritti futuri. v'ha nulla di contrario in un arresto della corte di cassazione dei 25 di gennaro 1819 (1), che ha deciso, che il benefizio della legge dei 5 dicembre 1814, che restituisce i beni sequestrati a coloro, che ne erano proprietori o ai loro eredi o aventi causa, doveva profittare non al legatario universale del proprietario trapassato, ma ai suoi eredi naturali. E la ragione ne è, che questa legge è stata dettata dalla politica, e che nel restituire dei beni confiscati, ha voluto restituirli alla famiglia stessa dell'individuo spogliato e non a degli estranei. Del resto si è veduto nel numero precedente quanto è energico questo dritto del legatario universale, poichè profitta delle caducità, delle nullità, ed eventualità, anche in pregiudizio dello erede riservatario, il quale deve trovarsi contento, quando è provveduto della sua legittima. Niente in giurisprudenza è più costante di questo dritto del legatario universale anche sul riservatario.

1776. Rimarcate nonpertanto, che l'erede riservatario non sarebbe sprovveduto di dritto e di azione per fare conferire alla massa dei beni una cosa, sulla quale la sua riserva deve calcolarsi. Così per esempio il legatario universale non potrà farlo dichiarare non ammessibile ad intentare un'azione di restituzione di oggetti sottratti, imperocchè il legittimario ha nella sua qualità un dritto evidente su questa cosa, che deve fare parte di quelle, sull'insieme delle quali la sua riserva deve essere prelevata (2).

Diremo altrettanto di un'azione, per la quale l'erede riservatario volesse fare rientrare nella massa oggetti alienati dal suo autore per effetto di un titolo nullo; il suo interesse è palpabile, poichè lo scopo dell'azione è di aumentare la massa, sulla quale il suo dritto si esercita (3).

1777. In questi due ultimi casi ed in altri analoghi si vede la differenza, che esiste tra la posizione del legittimario e quella, che si arroga, quando dimanda la nullità di un legato. Ed in effetti i legati fanno parte della massa, sulla quale si calcola la quota disponibile e la riserva (art 922 codice Napoleone (a)); la loro nullità o la loro caducità non interessa più il legittimario, dapoichè ha ricevuto la parte, che gli era dovuta per natura e per legge; epperò deve trovarsi soddisfatto, ed avrebbe più della sua riserva, se profittasse della nullità dei legati.

1778. Se è vero, come abbiamo detto, che il legatario universale profitta delle eventualità, anche in pregiudizio dell'erede riservatario, quanto questa proposizione non è più evidente, allorchè si mette il legatario universale in presenza degli eredi *ab intestato*, non riservatari, i quali sono molto meno favorevoli? Per lo che è stato deciso da un gran numero di arresti, che l'erede *ab intestato* non è ammessibile ad esercitare l'azione di nullità o di caducità di certi legati (4), e che egli non profitta della nullità o della caducità di questi legati (5).

1779. Non si considererà come contrario a questa regola un arresto renduto il 20 di giugno 1827 dalla corte di Tolosa (6) nella seguente specie.

Il signor Galibert aveva fatto un legato a sua madre per tenerle luogo della sua riserva; poi aveva fatto altri legati particolari, ed instituito un legatario universale. Alla morte del testatore sua madre trovando, che la sua riserva era più vantaggiosa del legato, dichiarò di preferire la sua riserva. Su di ciò il legatario universale sostenne, e servì una rinunzia, che doveva farvolgere a suo profitto il legato ripudiato, salvo il diffalco proporzionale insieme con tutti gli altri legati, necessario per formare la riserva. Pel contrario i legatari particolari sostennero, che il legato in quistione aveva una destinazione precisa; che nel pensiero del testatore esso doveva tenere luogo della riserva, e che per conseguenza non doveva essere distratto da questo obietto, e che i legatari particolari erano solamente tenuti a completare la differenza esistente tra questo legato e la riserva legale. Quest'ultimo

(1) Causa d'Espinay-Saint-Luc (Devill., 6, 9 e 10). *Aggiungi* Cassaz. 9 maggio 1821 (Devill., 6, 428) Cassaz. 10 febbraio 1823 (Devill., 7, 192). Cassaz. 18 febbraio 1824 (Devill., 7, 399) Cassaz., 19 maggio 1824 (Devill., 7, 466) Cassaz. 4 luglio 1825 (Devill., 8, 149).

(2) Parigi, 8 novembre 1838 (Devill., 38, 2, 553).

(3) Bourges, 1 di febbraio 1832 (Devill., 32, 1, 256).

(a) Leggi civili art. 830. *Il trad.*

(4) Parigi, 9 giugno 1834 (Devill., 34, 353).

(5) Cassaz. 2 brumaire anno VIII (Devill., 1, 1, 262). Cassaz. 19 novembre 1808 (Devill., 2, 1, 590 (Cassaz. ricorso 20 luglio 1809 (Devill., 3, 1, 86) Cassaz. 14, marzo 1815 (Devill., 5, 1, 27) Cassaz. 14 dicembre 1819 (Devill., 6, 1, 130). Limoges, 20 dicembre 1830 (Devill., 31, 2, 207). Limoges, 8 dicembre 1837 (Devill., 39, 2, 27) Cassaz. rig. Bordeaux, 11 aprile 1838 (Devill., 38, 1, 418). Cassaz., rig. Douai, 20 novem. 1843 (Devill., 43, 1, 859).

(6) Devill., 9, 1, 131.

Digitized by Google

sistema fu adottato dalla corte di Tolosa e confermato dalla corte di cassazione (1).

Si vede, che questa causa presenta delle circostanze tutte particolari. Il testatore avendo voluto, che il legato fosse adoprato al pagamento della riserva, non era possibile di distornarlo da questo scopo, e, come dice l'arresto della corte di Tolosa, non vi era propriamente caducità, che dovesse fare cadere il logato nel legato universale. Per lo contrario questo legato restava fermo, imputabile nella riserva, e come elemento destinato a pagarla; i legatari particolari dovevano profittare di questa imputazione in esclusione del legatario universale, salvo ad essi a fornire il complemento della riserva in proporzione dei loro legati.

1780. Anche per delle circostanze particolari bisogna spiegare l' arresto seguente, renduto dalla corte di Nimes il 19 di maggio 1830 (2).

La vedova Roux aveva fatta una donazione tra vivi a sua nipote Rosa Barlier; più tardi fece un testamento, nel quale legò a questa medesima nipote certi crediti ed oggetti mobiliari, ed aggiungeva queste rimarchevoli parole « E ciò in oltre e senza pregiudizio del « corpo della tenuta, che le ho donato prece« dentemente. Con un' altra clausola la testatrice dichiarava di nominare Giovan Pietro Chaleil, suo nipote per suo erede generale ed universale di tutti i suoi altri beni non donati.

La testatrice essendo morta, il legatario universale ha dimandato la nullità della donazione fatta a Rosa Berlier, ma la corte di Nimes ha respinta la sua pretensione. Essa ha considerato, che la formola del legato universale era tale, che il legatario universale non poteva avere alcun dritto sulle cose donate, sicchè si poteva considerare come un vero legato, e come una nuova disposizione la clausola, nella quale era detto: « È questo, oltre e senza pregiudi« zio del corpo della tenuta, che le ho prece« dentemente donato. »

Questa decisione mi sembra dettata da una sana interpretazione di tutte le parti del testamento. Ed in effetti anche quando la donazione fosse stata realmente infetta di nullità, si poteva considerare la tenuta compresa nella donazione, come faciente l' obietto di una nuova disposizione del testamento.

1781. Inoltro evvi in questa materia una regola più generale, ebe domina tutti i casi particolari, ed è, che se è vero, che in tesi ordinaria il legato universale attira a lui i profitti risultanti dalle nullità, caducità e decadenze, avviene diversamente ogni volta, che la volontà del testatore, la quale è la padrona sovrana nelle ultime disposizioni, ha fatto a questo principio una eccezione espressa o tacita (3).

1782. Si presenta sovente molta difficoltà, quando si tratta di giudicare se un legato deve essere oppur no qualificato universale. Ne abbiamo veduto più sopra la pruova (4). Per l'ordinario la soluzione di questo punto dipende dai termini adoprati dal testatore, e dal modo come si considera la sua volontà (5).

Quello, che bisogna studiarsi di ricercare, può riferirsi molto ordinariamente ad un punto principale, che consiste nel sapere, se il testatore ha voluto soltanto abbracciare nelle sue disposizioni i suoi beni presenti o un emolumento limitato, senza intendere di farvi entrare le eventualità, che dopo della sua morte potrebbero venire ad aumentare il suo patrimonio; o in altri termini, se nel suo pensiero il suo legato era ristretto in limiti, che non potevano oltrepassarsi, di modochè non potesse estendersi per l' accrescimento dei profitti eventuali, che ordinariamente ricadono nella successione. Ed in effetti si vede immediatamente, che il carattere di universalità manca ad una tale disposizione.

1783. Passiamo in rivista qualche esempio. Un testatore dopo di avere fatto più disposizioni a titolo particolare, dichiara donare il dippiù dei suoi beni ad una persona determinata. È questo un legato universale? O in altri termini il legatario è egli chiamato a raccorre mercè questa disposizione i legati caduci in pregiudizio dell' erede *ab intestato?*

A primo colpo d' occhio non si comprende, che il carattere di legato universale incontri difficoltà, dapoichè la parola « il dippiù », della quale il testatore si è avvaluto, abbraccia senza veruna eccezione tutto ciò, che non deve profittare ad altri. Nonpertanto vi è in realtà un dubbio serio, e questo dubbio deriva da che nell' antica giurisprudenza tutti gli autori non erano di accordo sulla quistione, se dovesse intendersi pel dippiù dei beni quelli, che il testatore ne aveva espressamente distaccati con dei legati particolari, benchè taluno di questi legati particolari fosse colpito da nullità o da caducità. Vi erano degl' interpreti, che non potevano comprendere, che gli oggetti legati profittassero al legatario universale, il quale ne era stato privato dalla volontà del testatore per effetto di tale distrazione, e dicevano, che in simile caso il legato era universale solamente di nome, che non abbracciava i legati nulli e caduci e che questi legati dovevano profittare all' erede *ab intestato*.

(1) 5 luglio 1828 (Devill., 9, 1, 131)
(2) Devill., 31, 2, 55.
(3) Cassaz., 18 maggio 1823 (Devill., 8, 1, 126). Cassaz. 15 luglio 1828 (Devill., 9, 1, 132).

(4) N.i 1769, 1770, 1771, 1772.
(5) Cassaz., ric. 5 maggio 1852 (Devill., 52, 1, 323).

Tale era l'avviso di Denizart (1), di cui ecco le parole:

« In generale i legati particolari appartengono al legatario universale, a titolo di accrescimento, e non all'erede. Ma vi sono dei casi, nei quali i legati particolari caduci appartengono all'erede e non al legatario universale. Per esempio se il testatore, dopo di avere fatto delle disposizioni particolari, dicesse, come più sovente avviene: Ed in quanto al dippiù dei miei beni, li lascio ad X..., che istituisco mio legatario universale; allora il legatario non potrebbe avere, che il dippiù, perchè la lettera del testamento resiste allo accrescimento. »

E Ricard (2) non era lontano dal credere, che la volontà del testatore potesse piegarsi secondo le circostanze a questa interpretazione.

Ma Pothier (3) la condannava con ragione, ed un arresto del Parlamento di Parigi dei 28 di marzo 1740 (4) era conforme alla opinione di questo giureconsulto.

Oggi quest' ultimo sentimento deve solo prevalere (5). Ed in effetti il codice Napoleone formalmente dichiara, che col legato universale il testatore dà ad una o più persone l'universalità dei beni, che lascerà in tempo della sua morte. Per lo che il legato universale comprende tutto quello, di cui il testatore non ha specialmente e validamente disposto, quale ne possa essere il valore. Epperò comprende tutti gli oggetti, che il testatore ha legato mercè disposizioni, che al momento della sua morte si trovano come non scritte.

Senza dubbio il carattere di disposizioni testamentarie è indipendente dalla scorza delle parole; ma qui le parole dicono tutto quello, che vogliono dire, e precisamente esprimono una universalità. Come non si vede, che il dippiù abbraccia tutto quello, che non è stato utilmente detratto? Come non si vede, che questo dippiù non sarebbe quello, che significa, se fosse minorato dalla detrazione di qualche cosa, che non entra nel circolo delle liberalità, delle quali i legatari sono impossessati? È vero, che il testatore, il quale ha creduto alla efficacità di tutti i suoi legati, non ha pensato, che quelli, che fossero nulli, profitterebbero al legatario universale; ma è precisamente il carattere del legato universale di abbracciare, come abbiamo veduto (6), tutto quello ch'è, impreveduto. Quando il testatore ha tolto al legatario universale tale o tal altra cosa, che ha legato, lo ha fatto unicamente in considerazione della persona del legatario particolare, cui voleva dare una pruova della sua affezione. Ora se questi non ne profitta, come è possibile di pretendere in nome della volontà del testatore, che questa cosa deve passare all'erede *ab intestato*, cui tale volontà non ha lasciato nulla, ed a di cui pregiudizio ha esaurito tutto l'attivo presente ed eventuale della successione? Come non vedere per lo contrario, che la preferenza è pel legatario universale, che il testatore ha investito della sua intiera eredità dopo la detrazione dei doni e dei legati? (7)

Non bisogna dunque seguire la dottrina consacrata in questa materia dall'arresto d'Aix precitato dei 5 di giugno 1809 (8) I lati deboli di questo arresto sono stati dimostrati con una gran forza di ragione dal signor Merlin innanzi la corte di cassazione, e se il ricorso fu rigettato, lo fu perchè una inamessibilità non permise alla corte di pronunziare sulla quistione di merito.

1784. Ciò premesso, giungiamo ad una varietà rimarchevole del legato del dippiù. In quello, che abbiamo detto sino al presente, abbiamo messo questo legato in presenza dei legati particolari. Ma ora bisogna supporre, che si trovi combinato con un legato di quota, come per esempio, se dopo di avere donato il quarto dei suoi beni a Primo, il testatore dona il dippiù a Secondo. Questo legato sarà un legato universale come nel caso precedente?

Questa quistione è delicata, e per risolverla rammentiamoci quello, che abbiamo detto più sopra (9); cioè che quando il testatore dà a Primo il quarto de' suoi beni ed a Secondo i tre quarti de' suoi beni, fa due legati di quota, vale a dire a titolo universale.

Ora quale differenza vi è tra questa ipotesi e quella, che qui esaminiamo? Dire: Dono il quarto dei miei beni a Primo ed il dippiù a Secondo, non è dichiarare con una formola equipollente, che Secondo avrà soltanto i rimanenti tre quarti?

Movendo di là, la più parte degli autori (10) sono di avviso, essere un tal legato non altro, che un legato di quota, e si può appoggiare questa opinione con un passo dell'esposizione dei motivi del titolo *Dei testamenti*, fatta dal signor Bigot Brèameneu, e così concepito: « Quando vi sarà un legatario a titolo univer-

(1) V° *Accrescimento*, n.i 22, 23.

(2) Part. 3, n. 502.

(3) Introd. al t. XVI, *Cons. d' Orléans*, sez. 8, § 4, n. 142.

(4) Ricard, *loc. cit.*, n. 501.

(5) Cassaz., ric., 5 maggio 1852 (Devill., 52, 1, 522).

(6) *Sopra*, n. 1775.

(7) Merlin, Repert., v° *Legatario*, § 6, n. 18 *bis*, p. 757. Tolosa 10 luglio 1821 (Devill., 8, 2, 388) Colmar, 26 maggio 1821 (Dalloz, 1821, 2, 292) Cassaz., rig. 3 aprile 1849 (*Gior. del Palazzo*, 1851, 1, 465).

(8) Merlin, *loc. cit.*, Dalloz, *Giurisp. gener.* t. VI, p. 65.

(9) *Sopra*, n. 1764.

(10) Delvincourt, nota 5, sulla p. 91. Toullier, t. V, n. 512. Duranton, t. IX, n.i 144, 186 e seg. Proudhon, *De l'usuf.*, t. II, p. 599. Vazeille, n. 4, sull'art. 1003. Coin-Delisle, n. 8, sull'art. 1003. Zachariae, § 711, t. V, p. 378.

Digitized by Google

« sale di una quota qualunque di tutti i beni, « si dovrà annoverare in questa classe colui, « che sarà portato nel medesimo testamento « per lo dippiù dei beni sotto il titolo di lega« tario universale (1) ».

Nonpertanto si presentano alla mente delle serie obbiezioni.

Ed in vero si conviene, che quando il testatore ha degli eredi riservatari, e che liquida nel suo testamento la parte, che loro riviene, il legato del dippiù è un legato universale (2). Ora la riserva è sempre una quota, la metà, il terzo, il quarto; e nondimeno non si ha il pensiero di sostenere, che il dippiù non è altro, che una quota parte correlativa, ed esclusiva di ogni idea di universalità. È stato anche giudicato dalla corte di cassazione (3), che quando il testatore ha definito con una cifra precisa la parte del riservatario, come per esempio: « Dono a mia madre il quarto dei miei beni « per tenerle luogo della sua riserva, » il legato del dippiù non è solamente un legato della quota rimanente, cioè a dire dei tre quarti, ma che questo legato ha tutta l'estensione di un legato universale. Perchè dunque sarebbe diversamente, quando la quota del legato a titolo universale è fissata dalla volontà arbitraria del testatore? Questa riflessione ci conduce a pensare, non esservi una intiera somiglianza tra il legato del dippiù, che viene dopo un legato di quota, ed il legato di due quote precise, ch'esauriscono l'eredità, e si limitano rispettivamente. Il legato del dippiù ha molta maggiore elasticità, e si presta ad un'estensione variabile. Al contrario il legato dei tre quarti dei beni dopo il legato del quarto, non può mai comprendere niente dippiù di questi tre quarti; è racchiuso in questo circolo insormontabile, e niun oggetto vi si può aggiungere senza forzare la volontà. Come per esempio vi si farà entrare la rappresentazione della persona del defunto ed il dritto del possesso, di cui il testatore può evidentemente disporre ogni volta, che non vi è un erede riservatario? Come si potrà dire, che col legato dei tre quarti dei beni il testatore ha investito il suo legatario di queste prerogative giuridiche, che sono al di fuori di una frazione di questi medesimi beni? Invece che nel legato del dippiù non vi ha nulla, che offende la ragione e le parole, quando s'intende, che questo dippiù comprende, oltre le cose mobiliari ed immobiliari, questi attributi, che formano il *nomen juris*, che sono una parte dell'universalità, e che caratterizzano la trasmessione della successione (a).

1785. Con più forte ragione il legato del dippiù dovrebbe essere considerato come universale, se venisse dopo di un legato a titolo universale, che non fosse un legato di quota, ma che fosse per esempio il legato di tutti i mobili o ben anche il legato di tutti gli immobili. Ed in effetti si comprende, che in simile caso sarebbe molto più difficile di trasformare il legato del dippiù in un legato di quota precisa. Evidentemente ha un estensione illimitata, che attira a sè tutti gli elementi utili, materiali o astratti, della successione, ad eccezione delle parti, che sono state distratte dal legato a titolo universale. Quantunque sia stato giudicato il contrario da un arresto della corte di Bruxelle dei 29 di luglio 1809 (4), bisogna però tenere la nostra proposizione per costante, e temiamo, che questo arresto non sia stato influenzato da qualche reminiscenza dell'antica giurisprudenza, riferita da Denizart, e della quale più sopra abbiamo parlato (5).

1786. Per regola e nelle circostanze ordinarie il legato di tutti i mobili, ed il legato di tutti gl'immobili sono dei legati a titolo universale. Nulladimeno ecco un caso, in cui il legato di tutti gl'immobili ha dovuto essere considerato a ragione dei fatti particolari come un legato universale.

Un testatore dona tutti i suoi mobili, crediti, oro, danaro, argenteria ecc. a Primo. Dona poi tutti i suoi immobili a Secondo figlio di Primo, sottoponendolo a tutti i pesi creditari; dichiara inoltre, che se Primo viene a morire innanzi di aprirsi la successione, il legato di tutti i mobili gioverà a Secondo, già legatario di tutti gl'immobili, come abbiamo veduto. Da ultimo è da rimarcare, che il testatore dà a Secondo il titolo di suo erede universale.

Quantunque sia stato sostenuto innanzi la corte di Lione ed innanzi la corte di cassazione, che il legato fatto a Secondo (b) non era altro, che un legato a titolo universale, si scorge nondimeno, esservi un insieme di circostanze, che dava alla disposizione un evidente carattere di universalità. Non solamente Secondo era investito del titolo di erede univer-

(1) Fenet, t. XII, p. 560. Locré, t. XI, p. 407, n. 66.
(2) Vazeille, *loc. cit.*
(3) Cassaz., rig. di Bordeaux, 11 aprile 1838 (Devill., 38, 1, 418).
(a) A malgrado dell'impossibilità di una perfetta assimilazione tra il legato del dippiù, che viene dopo un legato di quota, ed il legato di due quote precise, ch'esauriscono l'eredità e si limitano vicendevolmente, rimane sempre vero, che il legatario del dippiù nel primo caso non profitta esclusivamente della caducità o nullità de' legati particolari, come non ne profitta il legatario di una data quota nel secondo. Imperocchè il legato caduco o nullo fa rimanere la cosa legata ne' beni dell'eredità, e fa mancare la detrazione, che n'era stata fatta. Essa dunque giova al legatario della quota ed al legatario del dippiù simultaneamente, dapoichè il primo dovendo avere una quota determinata de' beni ereditari, meno le distrazioni operate da' legati particolari, se mancassero giuridicamente tutte le detrazioni, prenderebbe la quota legatagli sopra tutt'i beni. *Il trad.*
(4) Dalloz, *Giur. gener.*, t. VI, p. 76. Devill., 3, 2, 109.
(5) N. 1783.
(b) Il testo dice Primo, ma è un errore tipografico. *Il trad.*

sale, ma ne aveva pure le attribuzioni. Egli doveva pagare tutti i legati, pesi, e debiti. Ed il testatore aveva voluto così bene trasferirgli l'universalità della sua successione, che prevedendo il caso della caducità del legato dei mobili, l'aveva chiamato a profittare di questo elemento considerevole della sua eredità. Il perchè la corte di cassazione non ha esitato a rigettare il ricorso prodotto contro l'arresto della corte di Lione, che aveva veduto nel legato, di cui si parla, un legato universale (1).

1787. Il legato di tutti i mobili e di tutti gli immobili non comprende a rigore l'universalità della successione (2); ma supponiamo, che il testatore dica: « Dono a Pietro la totalità in « mobili ed immobili di quanto mi appartiene « senza alcuna riserva », e che soggiunga a questa disposizione, che il legatario pagherà i pesi imposti ad ogni legatario universale; non vi sarà nulla, che non sia giuridichissimo nella decisione, che attribuirà a Pietro la qualità di legatario universale. Queste parole « senza al- « cuna riserva » congiunte a queste « alla totalità di quanto mi appartiene » indicano, che non bisogna prendere la parola « mobili » in un senso ristretto, e che il testatore ha voluto fare passare sulla testa di Pietro la totalità di tutti i suoi diritti. D'altronde questo è quello, che esprime egli stesso, paragonandolo sotto il rapporto dei pesi ad un legatario universale. Nel suo pensiero Pietro non aveva una posizione diversa per rispetto all'emolumento (3).

1788. Per terminare questa serie di esempi citeremo un ultimo arresto, nel quale malgrado le apparenze esteriori, un legato è stato considerato como limitato, benchè il testatore avesse dato a colui, che istituiva, il titolo di legatario universale.

L'abbate Volfio, antico vescovo di Dijon, lascia un testamento, col quale istituisce suoi legatari universali in una metà per ciascuno, Maria Guedeney sua domestica, ed il signor Sylvestre.

Il testamento fu attaccato dagli eredi come l'opera della suggestione o della captazione, e nel fatto il risultamento dell'istruzione stabilì, che l'Abbate Volfio era stato circonvenuto dalle manovre dolose di Maria Guedeney. Fu dunque dichiarato nullo il legato della metà fatto a questa donna. Ma la nullità a chi mai doveva giovare? Agli eredi *ab intestato* o al Sylvestre, che si prevaleva del suo titolo di legatario universale?

La corte di Dijon dopo di avere studiato tutte le circostanze della causa, decise non essere Sylvestre, che un legatario di quota, l'intenzione del testatore non essere mai stata, che questo individuo raccogliesse più della metà, ed essere un oltrepassare la di lui volontà il fare profittare questo individuo della nullità. Sul ricorso il gravame fu rigettato con arresto della corte di cassazione dei 18 di maggio 1825 (4).

Tali decisioni si sostengono per una valutazione di circostanze, la cui esattezza non si può contrastare. D'altronde è da rimarcarsi, che si faceva a Sylvestre una condizione favorevolissima, dapoichè per considerarlo come legatario universale, si avrebbe dovuto associarlo alla moglie Guedeney, ed in tal caso avrebbe avuto l'istessa sorte di lei; il suo legato si sosteneva unicamente perchè una benigna interpretazione l'aveva separato da questa donna. Ora in questo stato di cose non era possibile di vedere nella liberalità, che gli era stata fatta, altra cosa, che un legato di quota, e non già un legato universale.

1789. Esamineremo nel n. 1848 quale è il carattere del legato dell'usufrutto di tutti i beni.

1790. Del resto si vede da quanto precede, che importerà poco la denominazione, che il testatore avrà dato al suo legato. O legato universale o legato a titolo universale è d'uopo sempre giudicare il carattere del legato dallo insieme delle disposizioni contenute nel testamento, dapoichè bisogna fermarsi alla verità e non alla scorza delle parole, all'intenzione del testatore e non alle espressioni, delle quali si è servito (5).

Articolo 1004 — (930)

Quando alla morte del testatore vi sono degli eredi, a' quali riserva la legge una quota di beni, questi eredi sono impossessati di pieno diritto per effetto della sua morte di tutt'i beni della successione, ed il legatario universale è tenuto di domandargli il rilascio de' beni compresi nel testamento (a).

SOMMARIO

1791. Del possesso de' beni.
1792. Il testatore non può privare gli eredi legittimi del possesso.
1793. Dalle azioni, che competono al legatario per ottenere il rilascio. — Dal dritto romano.
1794. Delle azioni personali, reali, ipotecarie, accordate dal codice ai legatari.
1795. Difficoltà tra gli autori antichi sul punto di sapere, se l'azione ipotecaria dov'essere esercitata solidalmente contra ciascuno de' coeredi.

(1) Cassaz., 25 novembre 1818 (Devill., 5, 1, 551).
(2) Arg. dall'art. 533 del Cod. Nap.
(3) Rouen, 27 maggio 1806 (Devill., 2, 2, 148).
(4) Devill., 8, 1, 126.
(5) Bruxelles, 24 luglio 1809 (Dalloz, *G. gen.* VI, p. 76) Cassaz., 18 maggio 1825 (Devill., 8, 1, 126), Cassaz., 28 agosto 1827. (Devill. 8, 1, 678).
(a) A quest'articolo corrisponde uniformemente l'articolo 930 delle Leggi civili. *Il trad.*

Digitized by Google

1796. Quest' ipoteca si estende forse a' beni particolari dell' erede?
1797. Il legatario universale, che dimanda il rilascio del suo legato, deve venire con una semplice azione?
1798. Procedura dell'azione di rilascio — Quest'azione appartiene alla giurisdizione contenziosa.

COMENTARIO

1791. L'art. 1004 ed i seguenti si occupano del possesso dei beni nel caso, in cui vi è un legatario universale.

Abbiamo fatto conoscere (1) lo stato della legislazione antica, sia romana, sia consuetudinaria sulla maniera, come le successioni si trovavano deferite per testamento. Abbiamo detto, che secondo il diritto romano l'instituito era impossessato in pregiudizio dell' erede *ab intestato*; che per lo contrario nel dritto consuetudinario gli eredi *ab intestato* erano impossessati di pieno dritto, e che i legatari dovevano dimandare loro il rilascio. Infine abbiamo dimostrato come il codice ha conciliato questi due sistemi con un partito medio, dando il possesso legale agli eredi del sangue, quando sono legittimari, e dando il possesso ai legatari universali, senza avere riguardo agli eredi *ab intestato*, quando non vi sono legittimari. È inutile di trattenerci più lungo tempo su questo punto.

1792. Il nostro articolo prevede il caso, in cui un legittimario è in concorso con un istituito, e come noi lo abbiamo rammentato, dice, che il legittimario è impossessato di pieno dritto, e che il legatario è tenuto di dimandargli il rilascio.

Ma può il testatore con una disposizione espressa privare gli eredi legittimi del possesso legale, e dispensare i legatari universali dalla dimanda di rilascio?

La quistione si risolve evidentemente per la negativa.

Nulladimeno nel dritto romano anche dopo che i legati furono uguagliati (2), e che furono sottoposti alla dimanda di rilascio, si riguardava come costante, essere dispensato il legatario di dimandarlo in due casi; il primo, quando si trovava in possesso legittimo della cosa legata (3); il secondo quando il testatore gli aveva permesso espressamente di prendere possesso del legato senza dimandare il rilascio (4).

Ma questo punto di dritto non era seguito nei paesi consuetudinari, « perchè il possesso « di dritto di eredi essendo a loro favore (in « virtù della massima *il morto impossessa il « vivo*), e contra la libertà del testatore, ne « seguiva, non essere in suo potere di dispen« sarsi da sè medesimo da una legge, che gli « era imposta, di non potere impossessare di « pieno dritto i suoi legatari (5) ».

Quanto al caso, in cui il legatario si trovava già in possesso (e ciò aveva più particolarmente rapporto al legatario di un oggetto determinato) questo legatario non era obbligato di rimpossessare l' erede del sangue per dimandargli in seguito il rilascio con un circolo di azioni inutile e dispendioso (6).

Sotto del codice queste due opinioni debbono essere adottate. Ed in effetti il possesso è un mezzo d' ordine e di regolarità, dal quale non si potrebbe allontanarsi senza inconveniente; non dipende dal testatore di attentare ad una devoluzione, che la legge ha stabilito in vista di una preminenza dovuta a certe persone privilegiate pel sangue (7). Ma quando il legatario è già impossessato, sparisce il motivo della legge; in una legislazione così semplice come la nostra bisogna evitare i giri, le lungherie, e le formalità superflue (8).

1793. Adesso conviene di esaminare quali azioni ha il legatario per ottenere il rilascio.

Nel dritto delle Pandette si distinguevano quattro specie di legati: il legato *per vindicationem*, il legato *per damnationem*, il legato *sinendi modo*, ed il legato *per praeceptionem*. (9).

Il legato *per vindicationem*, si faceva con queste parole: *Do*, *lego*, *capito*, *sibi habeto* (10). In questo caso il legatario aveva la facoltà di rivendicare la cosa legata dall' erede, ed anche dal terzo. La cosa apparteneva al legatario subito dopo l' adizione dell' eredità. Tuttavolta occorreva per questo giusta una co-

(1) N.i 1434 a seg., n.i 1754 e seg.

(2) N. 1761.

(3) Ulpiano, l. 1, §. 5, D., *Quod legatorum*.

(4) Furgole, cap. 10, n. 60. Guido Papa, *quest.* 609. Voet, *ad Pand.*, *De legat.* n. 43. Papon, l. 20, t. 5, *arrest.* 1. Grozio, *Manual. di giuris. oland.*, l. 2, c. 23, n i 26 a 27.

(5) Ricard, part. 2, n. 9. Pothier, *Donaz. testam.*, cap. 5, sez. 2, §. 2.

(6) Ricard. *loc. cit.*, n. 11.

(7) Grenier, a. 299, Bayle-Mouillard, stesso numero. Merlin, Repert., v. *Testamento*, sez. 3, p. 783. Toullier, t. 5, n. 494. Delvincourt, t. 2, nota 7, sulla pag. 4. Duranton, t IX, n. 191. Coin-Delisle, n. 6, sull'articolo 1004. *Aggiungi*, Bruxelles, 2 dicembre 1830 (Devill , 31, 2, 63).

(8) Esamineremo *infra*, n. 2366, se l'instituito contrattuale è impossessato, e per conseguenza dispensato dal dimandare il rilascio.

(9) Instit., *De legat.* § 2. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 269, n. 2.

(10) Cajo, *comm.* 2, § 193. Ulpiano, *reg.* 24, § 3.

stituzione di Antonino Pio, che il legatario avesse conoscenza del legato (1).

Il legato *per damnationem* si faceva con queste parole: *Heres meus damnus esto dare*, ovvero: *Dato, faeito, haeredem meum jubeo* (2). Il legatario doveva dimandare il rilascio con l'azione *in personam* (3).

La formola del legato *sinendi modo* era così concepita; *Heres meus damnas esto sinere Lucium Titium sumere illam rem, sibique babere* (4). Il legatario doveva del pari dimandare il rilascio con l'azione *in personam* (5).

Il legato *per praeceptionem* era di sua natura un legato per precapienza, e si faceva per conseguenza ad un erede: *Lucius Titius illam rem praecipito* (6). L'erede così gratificato si faceva soddisfare del suo legato con l'azione *familiae ereiscundae* (7).

Giustiniano (8) abrogò, come abbiamo detto (9), tutte le distinzioni, che il dritto romano avêva stabilito tra le quattro specie di legati, ed accordò tre azioni differenti per ottenere il pagamento dei legati e dei fedecommessi da quegli eredi, che ne erano gravati, obbligando i legatari ed i fedecommessari a dimandare il rilascio, e sottoponendoli all'interdetto *quod legatorum*, se prendessero possesso di loro autorità.

Queste tre azioni erano l'azione personale, l'azione reale o in rivendicazione, e l'azione ipotecaria (10).

L'azione personale o l'azione *ex testamento* aveva per obbietto di fare condannare colui, che era gravato del legato al rilascio della cosa, se esisteva, ed era nel suo possesso, se no, a pagarne il valore (11) Questa azione era fondata sul quasi contratto, che si stabilisce tra l'erede e colui, la cui successione accetta, e sulla obbligazione tacita, che con ciò contrae, di eseguire le volontà di quest'ultimo. Essa non competeva, che contra il gravato del legato, vale a dire contra l'erede (12).

L'azione reale o la rivendicazione risultava dal principio, che la proprietà della cosa legata passava immediatamente sulla testa del legatario. Costui poteva intentarla contra i terzi possessori come contra lo stesso erede; dapoichè in materia di rivendicazione non si esamina, se il citato è personalmente obbligato verso l'attore, ma solamente se costui è proprietario della cosa, che quello possiede (13). L'azione *de rei vindicatione* non poteva spettare pei legati di una somma o di una quantità, ed aveva luogo soltanto pei corpi certi e determinati, che soli potevano essere l'obbietto della vindicazione (14).

L'azione ipotecaria doveva la sua esistenza a Giustiniano (15). L'ipoteca legale, che faceva la materia di quest'azione, affettava generalmente tutti i beni, che erano stati trasmessi all'erede gravato del pagamento dei legati. Adunque il testamento produceva ipoteca su questi beni, e ne risultavano dei grandi vantaggi pei legatari, fosse sol quello di potere agire contro i terzi acquirenti dei beni, raccolti dalle persone obbligate al pagamento (16).

1794. Queste tre azioni sono state conservate dal codice Napoleone; il che risulta dagli articoli 1009, 1012, e 1017 (a).

Si obbietterà che questi articoli non parlano affatto dei legatari universali, e che si applicano soltanto ai legatari particolari. Ma la risposta è facile. Non è probabile, che la legge abbia voluto dare maggiore favore ai legatari particolari, che ai legatari universali, e meglio assicurare in un caso, che nell'altro la volontà del testatore. D'altronde, se i legatari universali sono *loco haeredis*, ciò è solamente pel pagamento dei debiti e dei pesi ereditari. Relativamente ai legittimari essi sono semplici

(1) Cajo, *comm.* 2, § 195.
(2) Cajo, *comm.* 2, § 201.
(3. Cajo, *comm.* 2, § 204.
(4) Cajo, *comm.* 2, § 209. Ulpiano, *reg.* 24, § 5.
(5) Cajo, *comm.* 2, § 214.
(6) Cajo, *comm.* 2, § 216. Ulpiano, *reg* 24, § 6.
(7) Cajo, *comm.* 2, § 219.
(8) Instit. *De legat.*, §§ 2, e 3. Ulpiano, l. 1, D., *De legat.*, 1°.
(9) N.i 1755, 1761. V. oel comm. dell'art. 1017 i n.i 1924 o seg.
(10) Furgole, cap, 10, n. 26. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 331, n.i 295 e seg.
(11) Furgole, cap. 10, n. 26. Merlio, Repert., v° *Legatario*, § 6, p. 787.
(12) Voet, *De legatis*, n 38 (*Ad Pand.*). Pothier, *Pand.*, t. II. p 332, n. 102. *Infra*, n. 1921.
(13) Giuliano, l. 55, D., *De rei vindicatione*: « *Si possessor fundi, ante judicium acceptum, duobus haeredibus relictis, decesserit, et ob altero ex his, qui totum fundum possidebat, totus petitus fuerit, quin in solidum condemnari debeat, dubitari non oportet.* »
(14) Voët, *De legat.* (*Ad Pand.*, n. 39).
(15) L. 1, C., *Communio de legatis*. Voët, *loc, cit*, n. 40.
(16) Voët, *Ad Pand.*, *In quibus causis pignus vel hypot.*, l. 20, t. II, n. 21, si esprima così.
« *Effecit et favor implementi ultimarum voluntatum, ut legatariis ac fideicommissariis hypotheca per leges concessa fuerit in bonis defuncti pro legati ac fideicommissi per eum relicti securitate: non item in bonis haeredis aut aliter gravati. Cujus hypothecae non ea vis est, quod tum legatarii tum fideicommissarii exercere possent praelationis jus in bonis defuncti adversus defuncti ipsius creditores; cum in aperto sit, et veteri et novo jure nec legato nec fideicommisso praestando esse, nisi postquam omnes dimissi fuerint defuncti creditores. Sed potius quod creditoribus haeredis anteponendi sint in defuncti rebus... Unde sicut legatarii omnibus postponendi sunt defuncti creditoribus, ita ex adverso omnibus haeredis aut restituere rogati creditoribus, licet hypotheca generali expressa vel legali muniti potiores sunt.* »
Il nostro regime ipotecario ha modificato i principi stabiliti da Voet. La separazione de'patrimoni è quella, che fa preferire il legatario a'creditori personali. L'ipoteca non viola il concorso di questi ultimi, quando sono creditori ipotecari; inoltre l'ipoteca del legatario non ha grado, che dal giorno della sua inscrizione. *Infra*, sull'art. 1017, n. 1927.
(a) Art. 935, 966 e 971 delle leggi civili. *Il trad.*

Digitized by Google

legatari tenuti a dimandare il rilascio. Si vorrebbe forse, che l' erede riservatario impossessato della successione, potesse vendere o alienare i beni, e che non rimanesse obbligato, che con una semplice azione personale, che sarebbe per lo più insufficiente? Questo sistema non avrebbe per effetto di favorire la violazione della volontà del testatore? Bisogna dunque, che per la sicurezza del legato il legatario universale abbia l' azione ipotecaria come il legatario particolare. Nel dritto romano l'erede *in re certa* aveva questa azione contra l' erede universale instituito, perchè questa cosa certa teneva luogo del legato (1). Non deve essere forse lo stesso del legatario universale, che relativamente all' erede legittimo è un semplice legatario?

In verità l' azione reale o di vindicazione, della quale si parla nel Digesto sotto il titolo *De rei vindicatione*, non compete, che pei corpi certi, e non ha luogo pei debiti pecuniari, per la prestazione dei fatti, le liberazioni, i legati di quantità, le servitù (2), ed un legato universale può comprendere tutte queste cose (3). Ma niente impedirebbe, che il legatario universale potesse intentare l'azione di vindicazione per un corpo certo, che fa parte del legato, di cui si ricuserebbe di fare il rilascio, e che fosse posseduto da un terzo. Quest' azione di vindicazione appartiene ad ogni proprietario, che trova la sua cosa posseduta da altri (4).

Adunque il legatario universale ha tre azioni per ottenere il rilascio delle cose, che compongono il suo dono; l' azione personale, l' azione reale, e l' azione ipotecaria.

L' azione personale per fare condannare il detentore o i detentori al rilascio di tutto ciò, che contiene il legato, ed in difetto a pagarne il valore.

L' azione di vindicazione per farsi rilasciare dal possessore i corpi certi, che possono essere compresi nel legato.

L' azione ipotecaria, per la quale gli eredi sono tenuti ipotecariamente per lo intiero al rilascio del legato. Questa ipoteca legale fu, che tutti i beni componenti la successione sono affetti al pagamento del dono, quali si siano le divisioni, che gli eredi hanno potuto fare tra loro.

Supponiamo per fare meglio comprendere il senso della legge, che Tizio lasciando due figli, instituisca Sempronio per suo legatario universale. In morte del testatore Sempronio è creduto morto. I due fratelli s' impadroniscono della successione, e per una convenzione il maggiore conserva tutti i beni, e ricompensa suo fratello in denaro. A capo di cinque anni Sempronio ricomparisce, dimanda l'esecuzione del suo legato universale, e cita il maggiore dei figli di Tizio, cui dimanda il rilascio della totalità dei beni: se questo figlio maggiore non fosse tenuto, che d' una ipoteca divisibile secondo la sua parte e porzione, non dovrebbe restituire, che la metà dei beni, ma come l'ipoteca è indivisibile di sua natura, e che egli è tenuto ipotecariamente per lo intiero, dovrà restituire tutti i beni, salvo il suo regresso contra di suo fratello.

1795 Nulladimeno questo punto si è stabilito con difficoltà nella giurisprudenza. I più gravi interpreti erano divisi sulla quistione, se l' ipoteca doveva essere esercitata solidalmente contra ciascuno dei coeredi, ovvero se doveva essere intentata secondo la porzione ereditaria di ciascuno.

Dumoulin (5) Cujacio (6), Henrys (7), Ricard (8), Fabro (9), Voet (10), e Pothier (11), pensavano, che questa ipoteca legale era di un genere particolare, che si divideva come l' azione personale, dalla quale dipendeva, e che gli eredi non erano tenuti, che sino alla concorrenza della loro porzione ereditaria (12).

Altri come Loiseau (13), e Renusson (14), pensavano, che i testamenti ricevuti da una persona pubblica producevano una ipoteca ordinaria ed indivisibile, ma che i testamenti olografi non producevano, che una ipoteca divisibile.

Taluni come Choppin (15) Maynard (16), e Luigi Carondas (17) rigettavano l'indivisibilità dell' ipoteca legale a favore del legatario, ma l' ammettevano nondimeno pei legati pii.

Infine un quarto avviso rigettava tutte queste distinzioni, e sosteneva, che l'ipoteca legale accordata da Giustiniano non aveva verun carattere particolare; che era indivisibile e solidale contra tutti gli eredi; che se questi ultimi dovevano essere condannati personalmente per la loro parte e porzione, dovevano essere condannati ipotecariamente per lo tutto. Tale era l'opinione di Furgole (18) di Merlin (19), e di molti altri autori più antichi (20).

(1) Voët, *Ad Pand.*, *De legat.*, n. 40.
(2) Voët, *loc. cit.*, n. 39.
(3) D' altronde l' azione *vindicatio rei* non ha luogo per un'universalità (Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 213 e 214, n.i 1 e 2).
(4) Voët, *Ad Pand.*, *De rei vindicat.*, n. 2, Pothier, *Pand.*, t. 1 p. 215, n. 12.
(5) *De dividuo et individuo*, part. 2, n.i 8 *e seg.*
(6) L. 33, D., *De legatis*, 2°, *lib.* 9, *Resp. Mod.*
(7) T. 2, l. 4, quest. 171 (ediz. del 1738).
(8) Part. 2, cap. 1, sez. 4, n. 28.
(9) *Codice*, l. 6, tit. 23. def. 1 e 7.
(10) Lib. 20, t. II, *Ad Pand.*, n. 21.
(11) *Donaz testam.*, cap. 5, sez. 3, art. 2.
(12) Grenier, *Ipoteche* n. 422.
(13) *Dell'abbandono*, l. 1, cap. 7, n.i 1 e 5.
(14) *Trattato de' Propri* cap. 3, sez. 12.
(15) *De moribus Parisiens.*, l. 2, t. IV, n. 19.
(16) Lib. 8, cap. 63.
(17) *Risposte* l. 6. cap. 33.
(18) Cap. 10, n.i 43 e seg.
(19) Repert., v° *Legataria*, § 5, n.i 12 e seg. p. 793 e seguenti.
(20) Bacquet, *De' dritti di giustizia*, cap. 8, n. 26. Mornac sulla l. 18, C. *De pactis*. Ragueau sulla l. 1, C., *Communia de legatis*.

Tutte queste opinioni divergenti venivano dall' interpretazione da darsi alla legge 1 del codice, *Communia de legatis*.

Cuiacio, Dumoulin, e gli altri sostenevano, che Giustiniano aveva detto: « che niuno erede « potesse essere convenuto con l' azione ipote- « caria, meno che tra i confini dell'azione per- « sonale ».

Furgole per la contraria insegnava secondo la legge precitata, che se l' azione personale si divideva tra gli eredi per la loro parte e porzione, l' azione ipotecaria sussisteva contra ciascuno di loro senza divisione e per lo intiero (1).

Abbiamo veduto, (2) che il codice si è determinato per questa ultima opinione, nè si può disconvenire, che egli non abbia scelto il partito più conforme ai principi naturali della ipoteca, e fatto il meglio per assicurare la volontà del testatore ed il pagamento dei legati.

1796. Ma questa ipoteca si estende ai beni propri dell' erede, oppure è limitata ai beni della successione?

La legge 1 del codice, *De legatis*, decide, non essere i beni degli eredi obbligati (3). Vi è dippiù; la legge 1 del Digesto, *De pignoribus*, insegna, che la stessa adizione non dava ai legatari del defunto alcun dritto d' ipoteca sui beni dell' erede, imperocchè presso i Romani l' ipoteca si acquistava soltanto per stipulazione, e giammai pel carattere dell'atto, e della persona, che l' aveva ricevuto (4).

Nel dritto francese, ove seguivansi altri principi, la cosa era differente.

Se l' adizione si faceva in giudizio o per atto notariale, essa sottoponeva all' ipoteca i beni dell' erede, perchè l' adizione operava un quasi contratto tra l' erede ed i legatari, e quando questo quasi contratto si trovava contenuto in un atto, che produceva ipoteca, come facevano gli atti pubblici, i legatari avevano necessariamente una ipoteca dal giorno della adizione.

Che se l' adizione si faceva senza atto giudiziario o notariale, i legatari non avevano da pretendere veruna ipoteca (5).

Questa distinzione non ha più autorità sotto del codice, nè può essere seguita, imperocchè l' accettazione dell'erede con atto autentico non produce un espresso consenso per ipotecare i suoi beni, e non importa una specifica designazione di questi beni. L'accettazione poi in cancelleria non equivale ad una sentenza (6).

1797. Il legatario universale, che dimanda il rilascio del suo legato, deve venire con una semplice azione, ovvero può procedere *de plano* per via di sequestro e di esecuzione?

Alcuni autori (7) pensavano sotto l' antica legislazione, potersi cominciare per via di esecuzione; altri (8) volevano non potersi venire per esecuzione, che quando il testamento era autentico; altri finalmente volevano, che in ogni caso non potesse venirsi, che per dritto di azione (9).

Questa ultima opinione è la sola buona. Abbiamo detto, che il legatario aveva tre azioni, ma veruna di queste azioni può servire di fondamento ad un atto di esecuzione. Sol quando sono state intentate nella forma ordinaria, possono dare luogo alla via esecutiva se però sono state seguite da una sentenza di condanna(12).

1798. Secondo l' articolo 59 del codice di procedura civile l'azione di rilascio deve essere intentata nel luogo, ove si è aperta la successione.

Il tribunale non potrebbe ordinare il rilascio senzachè l' erede, che deve farlo, non sia stato debitamente chiamato, perciocchè qui si tratta di un affare di giurisdizione contenziosa (11), che differisce essenzialmente dalla ordinanza d' immessione in possesso, di cui sarà parlato negli articoli 1006 e 1008 (12).

Secondo il signor Merlin l' articolo 59 del codice di procedura civile(a) deve essere circoscritto tra gli eredi ed i legatari. Se i legatari agissero contra dei terzi detentori, questa autore pensa, che potrebbe convenirli sia con azione reale, sia con azione ipotecaria innanzi il giudice della situazione dei beni (13).

Rimarchiamo per dippiù, che siccome il legatario deve prendere la cosa dalla mano dello erede, così se vuole intentare azione contra dei terzi, bisogna di due cose l'una, o che abbia il permesso dall' erede, o che citi questo medesimo erede per essere presente all'istanza (14). Furgole biasima questa dottrina, seguita in paese consuetudinario (15), ma noi non possiamo adottare la sua opinione (16).

(1) Furgole, *loc. cit.*
(2) N. 1794.
(3) Voët, *Ad pand.*, *De legat.*, n. 21.
(4) Furgole, cap. 10, n. 52.
(5) Furgole, *loc. cit.*
(6) Cod. Nap.; art. 2123. 2129, Merlin, *loc. cit.*, p. 797. *Infra*, n. 1927 e seg.
(7) Boerio, decis. 295, n 12. Alessandro *ad leg.* 3, C. VI, 33. Decio. *ad leg.* 12, D., *De reg. jur.* Alciato *ad leg.* 178, D., *De verb signif.* Natta, *in con.* 206, n. 4, e *cons.* 626, n 25.
(8) L' autore delle note su la Peyrère, v° *Testam.*, cita in appoggio due arresti del parlamento di Bordeaux.
(9) Fachineo, 1, 5, *Controv.*, cap. 31. Bacquet, *Dei dritti di giustizia*, cap. 8, n. 21, Furgole, cap. 10, n. 63.
(10) Merlin, Repert., v° *Legatario*, § 6, n. 19, p. 799. Toullier, t. V, n. 564. V. *infra*, n. 1798 e sull' art. 1005, n. 1802.
(11) Pothier, *Donaz. testam.*, cap. 5, sez. 2. § 2. Toullier, *loc. cit.*
(12) V. *infra*, n. 1805.
(a) Art. 151 delle Leggi di procedura civile. *Il trad.*
(13) Merlin, *loc. cit*, n. 20, p. 799.
(14) Pothier, *loc. cit.*
(15) *Loc. cit.*, n. 56, *Aggiungi* Toullier, t. V, n. 572.
(16) *Infra*, n. 1802, art. 1005.

Articolo 1005 — (931)

Nondimeno nel medesimo caso il legatario avrà il godimento de' beni compresi nel testamento a contare dal giorno della morte, se la dimanda del rilascio è stata fatta nell'anno da quest'epoca; altrimenti questo godimento non comincerà, che dal giorno della dimanda fatta in giudizio, o dal giorno, in cui il rilascio sarà stato volontariamente consentito (a).

SOMMARIO

1799. Perchè il legatario universale ha il godimento de' beni dal giorno della morte.
1800. Condizioni, alle quali in questo caso il legatario è sottoposto.
1801. Perchè il legatario, che non intenta la sua dimanda nell'anno, è privato de' frutti.
1802. Non basterebbe, che il legatario avesse intentato nell' anno un' azione reale o ipotecaria contra dei terzi.
1803. Caso, in cui non è necessario, che il legatario formi la dimanda di rilascio.
1804. Ma il legatario per dispensarsi da questa dimanda non potrebbe invocare un possesso illegittimo.

COMENTARIO

1799. Il codice mentre sottopone il legatario universale alla dimanda di rilascio, gli dà il godimento dei beni dal giorno della morte. E n' è il motivo, che la proprietà della cosa donata passa di pieno diritto nel legatario, appenachè il testamento per la morte del testatore comincia a produrre il suo effetto.

Quando saremo all' articolo 1014, faremo conoscere, se è stato sempre così nel dritto romano e nel dritto francese. D'altronde il legatario universale ha dritto alla universalità dei beni, il che comprende i frutti dopo la morte (1).

1800. Ma onde il legatario abbia dritto a tal godimento, bisogna, che intenti la sua azione di rilascio nell' anno dalla morte, dapoichè se da una parte è proprietario, dall' altra non può impadronirsi da sè stesso della cosa legata.

Se trascurando i propri interessi, il legatario non dimanda il rilascio nell' anno dalla morte, non ha dritto a' frutti, che dal giorno in cui avrà posteriormente fatta la sua dimanda, o dal giorno, in cui il rilascio sarà stato volontariamente consentito.

1801. Nello stabilire un termine, la cui scadenza priva il legatario dei frutti dal giorno della morte, sembra che il legislatore abbia voluto, che la negligenza del legatario universale, che pei debiti e legati rappresenta il defunto, non nuoccia ai creditori di questi debiti e legati, e che d' altronde i legittimari non abbiano a sopportare il peso di una eredità destinata ad uscire dalle loro mani. Il guadagno dei frutti era il meno, che la legge poteva fare per indennizzarli delle loro cure per la conservazione dell' eredità per un anno. D' altronde il possesso, che aveva il defunto, si trova interrotto dal godimento dell' erede per un anno, e quindi non può essere più continuato sulla testa degli eredi testamentari (2).

1802. *Quid* se nell' anno il legatario avesse intentata un' azione reale o ipotecaria contra dei terzi senza l' assentimento del legittimario e senza averlo messo in causa? Quello, che abbiamo detto sull'articolo precedente (3) tronca questa quistione, imperocchè il legatario deve ricevere il rilascio non dai terzi possessori, ma dall' erede, laonde la sua azione contra dei terzi non gli gioverà pei frutti (4).

1803. Il rilascio può essere volontariamente consentito dall' erede senzachè il legatario abbia bisogno di fare la dimanda.

Nè è dubbio, che questo consentimento dell' erede può essere tacito, e ricavarsi da fatti, che rivelano la sua intenzione di accordare (5) al legatario il rilascio del suo legato.

Del resto vi è un caso, nel quale, come abbiamo veduto (6). il legatario non ha bisogno di dimandare il rilascio, ed è quando, è di già in possesso nel momento dell' apertura della successione. In questo caso non incorre la perdita de' frutti (7).

1804. Ma non sarebbe lo stesso, se dopo

(a) Corrisponde a quest'articolo ed è uniforme l'art. 931 delle Leggi civili. *Il trad.*
(1) *Infra*, n. 1872.
(2) Furgole, cap. 10. n. 12.
(3) *Sopra*. n. 1798.
(4) Pothier, *Donaz. testam.*, cap. 5, sez. 3, art. 2, § 1, Toullier, t. V, n. 574. Bordeaux, 24 aprile 1834 (Devill., 34, 2, 461).
(5) Bordeaux, 23 aprile 1844 (Devill., 44, 2, 492). Cassaz., 18 novembre 1840 (*Gior. del Palazzo*) 1840, 2, 648).
(6) N. 1792.
(7) Pothier, *Donaz testam*, cap. 5, sez. 3, § 2. Toullier, t. V, n. 541. Grenier, n. 301. Merlin, Repert., v° *Legatario*, § 3, n. 7. Proudhon *Dell'usufrutto* t. 1, n. 386. *Aggiungi* Nimes, 3 gennaio 1838 (*Giorn. del Palazzo* 1838, 2, 274. Devill., 38, 2, 289). Limoges, 21 febb. 1839 (*Gior. del Palazzo*, 1839, 2, 324. Devill., 39 2, 332). Bourges, 27 genn. 1838. (*Gior. del Palazzo* 1840, 2, 28). Nancy, 31 gen. 1833.

Digitized by Google

l'apertura della successione si fosse messo in possesso, sia violentemente, sia per via di fatto, sia per una occupazione non consentita. In questo caso dovrebbe la restituzione dei frutti a contare dal giorno del suo indebito possesso. Imperocchè questo possesso sarebbe illegittimo, e non risulterebbe nè da un'azione nè da una convenzione, ed il nostro articolo non lo riconosce (1).

Articolo 1006 — (932)

Quando la morte del testatore non vi saranno eredi, a' quali riserva la legge una quota dei suoi beni, il legatario universale sarà impossessato di pieno dritto per la morte del testatore senza essere tenuto di dimandare il rilascio.

SOMMARIO

COMENTARIO

1805. Eccoci pervenuti al caso, in cui il testatore può creare un erede con la stessa latitudine del diritto romano, e fare una istituzione, che impossessi di pieno dritto il successore di sua scelta in pregiudizio del successore *ab intestato* (2). Questo dritto eminente è conferito al testatore nel caso, in cui non lascia eredi riservatari. Allora colui, che favorisce coll'istituzione universale, non ha bisogno di dimandare il rilascio, poichè ne è di pieno dritto impossessato. Solamente quando il testamento, che lo gratifica è olografo o mistico, deve fars'immettere in possesso da un ordinanza del presidente, che dà al testamento l'esecuzione parata, che non aveva, come bentosto il vedremo (3).

1806. Per potere comprendere bene l'importanza delle parole « di pieno dritto » adoprate dal nostro articolo, è utile di esaminare qui quali erano i principî del dritto romano in materia di eredità.

Tutti conoscono quella famosa distinzione del dritto romano tra gli eredi necessari, gli eredi suoi, e gli eredi estranei. Gli eredi necessari, *absolute* erano gli schiavi, che ricevevano dal testamento del loro padrone e l'eredità e la libertà (4); eglino erano chiamati necessari *absolute*, perchè erano eredi loro malgrado, e perchè quando anche l'eredità fosse stata insolvibile, erano astretti a conservarla senza poter astenersene. Il che era stato stabilito dall'orgoglio dei padroni oberati di debiti, i quali per risparmiarsi l'onta, che i loro beni fossero venduti dopo la loro morte, facevano ricadere quest'ignominia su' loro schiavi: *ut existimationi defuncti consulatur* (5). Ma da un altro lato gli schiavi avevano un vantaggio, perchè in considerazione di questo sacrifizio ottenevano una cosa d'un'inestimabile prezzo, cioè la libertà (6).

1807. Gli eredi suoi erano ancora eredi necessari, ma l'effetto di questa necessità era ben differente, dapoichè in parte il dritto ed in parte la volontà del defunto facevano gli eredi suoi (7).

Gli eredi suoi per dritto erano i figli del testatore, che riunivano le tre seguenti condizioni: 1. di essere erede testamentario o *ab intestato*, perciocchè la diredazione estingueva la suità (8); 2. di essere in podestà del testatore; ed in effetti la patria podestà era quella, che faceva sì, che il figlio fosse parte della famiglia; se egli era emancipato, non faceva più parte della famiglia, cessava d'essere suo, e la continuazione dei beni non si faceva più nella sua persona (9); 3. di essere nel primo grado nel momento, in cui l'eredità era deferita; perocchè supponiamo, che il testatore lasciasse un figlio non emancipato, che avesse dei figli, comunque costoro sarebbero nella podestà del testatore, nondimeno solo il loro padre sarebbe erede suo. Questi figli non

(1) Bordeaux, 23 aprile 1834 (Devill. 34, 2, 461).
(2) *Supra*, n. 1761.
(3) Art. 1008.
(4) Cajo, *comm.* 2, §§ 153 e seg. Instit. *De haered. qualit.*, § 1, l. 2, l. XIX. Doneau, *Comm.*, l. 7, cap. 1, n. 4.
(5) Doneau, *loc. cit.*, n. 15.
(6) Fabro, *Conject.*, l. 20, cap. 14, *in fine.*
(7) Doneau *loc. cit.* n. 1 e 2. Vinnio, *Part. juri.*, l. 2, cap. 12.
(8) Cujacio sulla l. 18. D., *De post. et lib.*, o sulla nov. 1, part. 1. Doneau, *loc. cit.*, n. 5.
(9) Instit., *De haered. qualit.* § 2. Doneau, *loc. cit.*, n. 6.

lo sono, nè potrebbero esserlo, se non quando il loro padre fosse morto o emancipato in vita del testatore, o in qualunque altro modo uscito dalla patria podestà (1). Molto più se dopo la morte del testatore il loro padre si fosse astenuto, e che eglino venissero chiamati in suo luogo, essi non sarebbero eredi suoi del defunto per la ragione, che non erano i primi in grado nel momento della delazione dell' eredità (2). Da ciò viene, che gli antichi dicevano, non esservi successione negli eredi suoi, perchè non vi sono più gradi, dei quali l' uno possa prendere il posto dell' altro; vi è un solo grado, che è il primo, per lo che colui, che prende il posto del primo erede suo, non succede come suo, *nam suus nunquam in locum sui succedit* (3).

Ma quando diciamo, essere mestieri, che l'erede sia il più prossimo nel momento della delazione dell' eredità, non vogliamo dire essere mestieri, che sia il più prossimo nella sua linea. Così il padre esclude suo figlio; il figlio il nipote. Chè se vi sono più linee, se per esempio il testatore lascia due figli non emancipati, che entrambi hanno dei figli; se uno di questi figli viene a morire in vita del testatore, i suoi figli saranno eredi suoi del testatore, e concorreranno col loro zio, benchè questi sia di un grado più prossimo (4). Per verità Cujacio (5) vuole, che questi nipoti venendo alla successione col loro zio, non siano eredi suoi. Ma Giovanni Acosta taccia di errore questa opinione (6); del resto sembra, che per l' antico dritto delle pandette, di cui resta qualche vestigio nella legge *Gallus* (7), questi nipoti, che erano nipoti *ex filio* del defunto, erano esclusi dal loro zio, e che non era necessario nè d' istituirli nè di diredarli (8). Ma questo venne cambiato dalla legge ultima del codice. *De liberis praet. vel exhered.*, e divenne necessario di diredarli o istituirli; formarono allora un secondo grado di suità, e rimpiazzarono il loro padre nella porzione che gli sarebbe stata devoluta.

Gli eredi suoi per la volontà del testatore erano i figli di questo testatore, che erano sostituiti pupillarmente al loro fratello impubere, perchè allora per la volontà del testatore divenivano eredi suoi dell' impubere (9).

1808. Tutti questi eredi suoi erano eziandio eredi necessari; *nunc hoc statuatur jure civili liberos, qui sui haeredes sunt, eosdem esse et necessarios* (10); in seguito di questa necessità erano obbligati di essere eredi loro malgrado.

Ma perchè venivano chiamati eredi suoi? Malgrado delle eccellenti definizioni, che si trovano nel dritto, gl' interpreti si sono creati delle difficoltà, che hanno renduta la cosa oscura, ed Alciato riferisce, che un giorno, in cui Poliziano si vantava di avere sorpassato Accursio nelle sue glosse, Socino avendogli dimandato, che cosa fosse un erede suo, egli rimase senza parola (11).

Doneau dà di queste espressioni « eredi suoi » questa spiegazione sottile e forzata; cioè che gli eredi suoi erano in qualche sorte eredi delle loro stesse persone; perocchè non formando col padre loro, che una sola persona, erano considerati come padroni dei beni, che la pietà paterna loro destinava; eglino succedevano non solo a loro padre, ma anche a sè stessi (12).

Quello, che è stato detto di meglio e di più vero su di ciò, è questo passo di Cajo, copiato da Giustiniano (13). « *Sui quidem heredes ideo* « *appellantur, quia domestici haeredes sunt,* « *et vivo quoque patre, quodammodo domini* « *existimantur* ». Sono eredi suoi, perchè formano una sola e medesima persona col defunto, e dividono il suo dominio sulle cose. E perchè sono eredi suoi, sono eredi necessari. La qualità di erede necessario deriva dalla suità, ed in effetti si comprende, che essendo comproprietari in vita del padre per ragione delle affezioni della natura, con maggior titolo debbono esserlo in sua morte; a più forte ragione non possono ripudiare in pregiudizio dei terzi un dominio, del quale erano già quasi investiti.

Nulladimeno in seguito si rallentò questo rigore, che metteva i figli in una condizione molto più severa degli eredi estranei. Hilligero (14) pretende, che l'origine di questo favore, venne dal delitto di Lucio Papirio, famoso usuraio, la cui istoria è riferita da Tito Livio (15). Quale si sia, non si può, che applaudirsene.

Così secondo gli antichi principi gli eredi

(1) Cajo, comm. 2, § 156, Paolo, *Sentent.* lib. 4, t. VIII, §§ 7 ed 8. Instit., *De haered. quae ab intest. defer.*, § 1, *ita demum*. Ma se il loro padre fosse stato erede un istante solo, non avrebbero potuto essere giammai considerati com'eredi suoi.

(2) Cujacio, *Ad Africanum*, l. 16, D., *De post. et liberis*, obs. 3, 21. Doneau, *loc. cit*, cap. 2, n. 7 Instit., *De legitim. adgnat. success.*, pro. e § 1.

(3) Doneau, *loc. cit.*, n. 6 *in fine*.

(4) Instit., *De haered. quae ab int. defer*, § 6.

(5) Sulla l. *Gallus*, § *In omnibus*, D., *De liberis et post.*

(6) Comm. sullo Instit., *De haeredit. quae ab int. def.*, n. 10.

(7) L. *Gallus*, § *In omnibus*, D., *De lib. et post.*

(8) Acosta, *loc. cit.*, *De exhered. liber.*, § 1.

(9) Ulpiano, l. 10, § 1, D., *De vulg. et pupill. subst.* Doneau, *loc. cit.*, n. 10. Vinnio *Part. juris*, cap 42, l. 1.

(10) Doneau, *loc. cit.*, n. 11.

(11) Hilligero su *Doneau*, l. 7, cap. 2, n. 2.

(12) Doneau, *loc. cit.*, n.i 12 a 16. Vinnio, *loc. cit.*, cap. 42, lib. 1. Hilligor *su Doneau*, *loc. cit.*, nota 12 e seguenti.

(13) Cajo, *comm.* 2, § 157. Instit., *De haered. qualit.*, § 2.

(14) *Loc cit.*

(15) Tit. Livio, lib. 8, n. 28, p. 363 (ediz. Panckoucke).

suoi, che erano i figli in podestà del padre, e gli eredi necessari, che erano gli schiavi istituiti col dono della libertà, erano impossessati di pieno dritto della eredità a contare dal giorno della morte del testatore; ed erano inoltre eredi malgrado loro nè avevano la facoltà di ripudiare la eredità (1).

Si diede soltanto agli eredi suoi, vale a dire ai figli in podestà, il benefizio di astenersi, se non avessero fatto atto d'immistione. Gli schiavi non ebbero questo benefizio. Ma malgrado questo privilegio gli eredi suoi non furono meno eredi di pieno dritto. *In suis haeredibus aditio non est necessaria, quia statim ipso jure haeredes existunt* (2).

1809. Gli eredi estranei o volontari (3) erano considerati con un occhio tuttaffatto differente. Quantunque istituiti legalmente, non acquistavano la qualità e le prerogative di erede, che per mezzo dell' adizione; essi non erano per nulla impossessati di pieno dritto.

1810. Pel dritto delle Pandette vi erano due maniere di fare adizione di erede; 1. la crezione; 2. la gestione come erede.

1. La crezione era un modo di fare adizione mercè delle parole solenni. *Cernere est solemniter decernere, velle se esse haeredem* (4): facevasi in presenza dei testimoni (5), ed era indispensabile, quando il testatore aveva nel suo testamento ordinato la crezione perfetta, vale a dire, quando aveva detto: *Si non creveris exhaeres esto* (6).

Al contrario se il testamento non aveva ordinato la crezione, che imperfettamente, vale a dire senza aggiungere la minaccia della diradazione, l'adizione poteva farsi con semplici atti di erede (7).

Le leggi relative alla crezione subirono a differenti epoche diverse modificazioni. In fine secondo la legge 17, C., *De jure delib.*, venne essa del tutto abrogata. *Cretionem scrupulosam solemnitatem hac lege penitus amputari decernimus* (8).

1811. 2° La gestione come erede (*pro haerede gestio*) consisteva in un fatto o in una parola non solenne, che provava, avere l'istituito la volontà di accettare l' eredità. Nulladimeno in un senso più ristretto le parole *pro herede gestio* si applicavano ad un fatto di accettazione. Si chiamava adizione la volontà di accettare. manifestata per mezzo di parole (9). Ma nella pratica spesso queste parole si sono confuse.

L' adizione sola o la gestione *pro haerede* rendeva eredi coloro, che non erano eredi suoi, ed era essa talmente necessaria, che se l' erede istituito moriva senza fare adizione, non trasmetteva affatto ai suoi eredi il dritto di dichiararsi eredi. È un principio delle leggi romane molto bene sviluppato da Doneau (10).

1812. Nonpertanto questo errore fu mitigato in seguito, come lo stesso autore insegna: 1. dapprima la costituzione di Giustiniano *Cum in antiquoribus* (11) accordò a tutti gli eredi in generale (*omnibus haeredibus in commune*) il benefizio seguente, cioè, che se morissero nell' anno dopo di avere avuta conoscenza dell' apertura della successione a loro favore, trasmettevano il dritto di deliberare e di fare adizione ai loro eredi, ma a condizione però, che costoro non avessero per deliberare, che il tempo, che restava al loro autore e nulla dippiù (12); 2. un altro rilasciamento dagli antichi principi fu accordato in favore di certe persone.

In primo luogo ai figli emancipati o ai figli eredi della loro madre. Se muojono prima di avere fatta l' adizione, trasmettono l' eredità ai loro eredi suoi (13). (In quanto ai figli suoi si sa, che sebbene muoiono senz' avere fatta immestione, trasmettono l' eredità non solamente ai loro eredi suoi, ma ad ogni sorta di persone) (14).

In secondo luogo quando l' eredità è deferita all' *infante*, è permesso al padre, che ha questo figlio nella sua podestà, di fare atto di adizione dopo la sua morte ed in suo nome, e di acquistare così la eredità (15).

Un terzo temperamento è stato introdotto in favore della causa, per esempio se l' erede è stato impedito da una causa legale, che lo ha messo nella impossibilità di accettare prima della sua morte. Così secondo il S. C. Silaniano non era permesso di fare adizione e di a-

(1) Ulpiano, l. 12, D., *De acq. vel omitt. haered.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 231, n.i 1, 2, 3, 4. Furgole, cap. 10, sez. 1, n. 12.

(2) Cajo, l. 14, D., *De suis et legit. haered* Pothier, *Pand.* t. II, p. 233, n. 26.

(3) Si chiamavano eredi volontari estranei tutti coloro, ch'erano fuori della famiglia e della podestà del testatore. (Doneau, *Comm.*, l. 7, cap. 3, n. 1).

(4) Varro, *De ling. latina*. l. 11. Cajo, *comm.* 2, § 164 *e seg.*

(5) Cicerone, *ad Attico*, 13, 46, t. XXIV, p. 129 (ediz. Panckoocke): « .... *Tum ex eo cognovi cre- « tionem cluvii (o l'estorium negligentem!) liberam « cretionem, testibus praesentibus, sexaginta diebus. « Metuebam ne ille arcessendus esset, nunc mittendum « est ut meo jussu cernat.* »

(6) Cajo, *comm.* 2, § 174.

(7) Cajo, *comm.* 2, §§ 177 *e seg.*

(8) Furgole, cap. 10, sez. 1, n. 8. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 232, n. 7.

(9) *Instit.*, 1. 2, 1. XIX. § 7. Cajo, *loc. cit.*

(10) *Comm.*, l. 7, cap. 4, n. 12. L. 7 *Quoniam*, C., *De jure delib. et de ad. haered.*

(11) L. 19. C., *De jure delib. et de ad. haered.*

(12) Doneau, *loc. cit.*, n. 14

(13) L. *unic.*, § 5 *in novissim.*, C., *De caducis tollend* Doneau, lib. 7, c. 4, n. 17.

(14) Hilligero, *loc. cit.*, nota 5. Cujacio è di avviso contrario, *Ad Afri.*, IV, *ad. leg.* 16, *De lib. et post.*

(15) L. 18, *Si infanti*, §§ 1 e 2, C., *De jure delib.*

Digitized by Google

prire il testamento del testatore assassinato, primachè non si fossero messi gli schiavi alla tortura (1). Se l' erede muore in questo intervallo, le azioni utili sono trasmesse al suo erada (2). Ed in verità l' erede non deve essere pregiudicato dall' avere obbedito alle leggi. Del pari il S. C. Carboniano vuole, che se qualcuno è istituito erede da un testamento, nel quale il figlio impubere è preterito, e che si neghi, che quest' ultimo sia figlio del defunto, gli si dia nonpertanto il possesso dei beni, e che si differisca sino alla sua pubertà il giudizio della filiazione.

Se nell' intervallo l' erede muore, si viene in aiuto dei suoi eredi, e se è riconosciuto, che l' impubere non è figlio, possono fare adizione (3).

Un quarto temperamento introdutto dalla equità era questo: un postumo è preterito, ed il testatore istituisce un individuo, che è nel tempo stesso erede *ab intestato*: quest' ultimo muore senz' avere dimandato il possesso dei beni. Se dappoi è conosciuto, che la moglie del defunto non era gravida, gli eredi di questo erede, che è così chiamato, *ab intestato*, potranno nondimeno fare l'adizione. Ma non sarebbe lo stesso, se questo erede non fosse anche erede *ab intestato* perchè sarebbe tanto peggio per lui, se non si fosse dichiarato erede (4).

L' adizione di eredità aveva un effetto retroattivo al tempo della morte: « *Omnis haereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur* (5).

Secondo i principi, che abbiamo esposto, si faceva una differenza tra l'adizione o *pro haerede gestio* e l' immistione.

L' addizione o *pro haerede gestio* si applicava agli atti o alle parola, per le quali un erede estraneo accettava l' eredità.

L' immistione si applicava agli eredi suoi, dapoichè questi piuttosto s'immischiavano, che accettavano (6).

1813. Tal era in Roma la legislazione su questa materia. Ma queste differenti regole, che abbiamo esaminato sulla differenza tra gli eredi suoi ed estranei, e sull' obbligaziona imposta a costoro di fare l' adizione per avere la qualità d' erede, non erano seguite nè in paese di dritto scritto nè nel dritto consuetudinario. La massima: *il morto impossessa il vivo* era di dritto comune in tutto il regno, di tal che in niuna parte della Francia bisognava fare adizione per essere impossessato dell' aredità. Tutti gli eredi erano impossessati di pieno dritto; tutti erano eredi suoi, e per conseguenza dalla morte del defunto trasmettevano i loro dritti ai loro successori senz' avere bisogno di fare verun atto di adizione (7) (a).

Il codice Napoleone ha seguito questa mas-

(1) Ulpiano, l. 3, § 18, *Quod ad causam*, D., *De S. C. Silan. et Claud.* Paolo, *Sent.*, l. 3, t. V, n. 1.
(2) Ulpiaon, l. 3, § 30, *Elegaater*, D., *eodem. tit.*
(3) Dooeau, *Comm.*, l. 8, c. 4, o. 19 *in fine*.
(4) Papiniano, l. 84, D., *De acq. vel om. haered.* Paolo, l. 4, § 3, D., *De boaor. possess. contra tabulas.* Dnocan, *loc. cit.*, n. 20. Fabro *conject.* 1, coaject. 29.
(5) Paolo, l. 138, D., *De regul. juris.* Pothier, *Pan.* t. II, p. 243, *a.* 71.
(6) Furgola, cap. 10, zoz. 1, n. 11.
(7) Furgale, oap. 10, sez. 1, n. 11.
(a) Nel nostro antico dritto patrio osservavasi in quanto agli effetti della trasmessione la legge del dritto romano, di tal che dopo la morte dell' erede, si accordava al di lui erede per accettare l' eredità il tempo, che sopravaozava al defunto per deliberare. Era questa disposizione la necessaria conseguenza del principio, che l' erede dell' erede, rappresentando il defunto, non poteva avere maggior dritto di quello. Però siccome lo stesso defunto nel caso, in cui il tempo per deliberare riuscisse troppo breve, aveva facoltà di dimandarne un prolungamento, così il di lui erede godeva di questa medesima facoltà laddove il tempo, che sopravanzava per deliberare fosse assolutamente insufficiente per determinarsi sulla convenienza dell'accettazione. Ricorrevasi allora al Magistrato, il quale avuto riguardo alle particolari circostanze dell' eredità ed a' motivi, che sostenevano la dimanda, accordava o negava la chiesta dilazione.

In un tempo, in cui le sostituzioni erano in grandissimo vigore, poteva morire l' istituito senz' avere adita l' eredità. In questo caso veniva chiamato il sostituito e non l' erede del defunto, perchè il testatore aveva preferito il primo al secondo. Non però questa regola andava soggetta a due eccezioni. La prima quando l'istituito era discendente del testatore, perocchè in questo caso non si presumeva, che il testatore avesse voluto preferire a' propri discendenti un estraneo o i discendenti di lui. La seconda, quando, istituito erede un figlio, era gravato di restituire l' eredità, morendo, a suo fratello; anche in questo caso per la stessa ragione ricavata dall' amore dell' ascendente verso la linea discendentale il figlio dell'istituito veniva preferito a suo fratello sostituito. (*)

In quanto al tempo, che si accordava all'erede per deliberare, osservavasi anche presso di noi il dritto romano. In questo tempo doveva farsi l' adizione, la quale consisteva nella dimanda fatta in giudizio di spedirsi il preambolo a favore del richiedente. Tre mesi dopo il decreto di preambolo si era tenuto a fare l' inventario.

Giusta una sovrana risoluzione comunicata con Dispaccio de' 19 di settembre 1746 al Sacro Consiglio, ed alla G. C. della Vicaria i preamboli potevano spedirsi dalle Corti locali, quando l' eredità era sita nella loro giurisdizione.

Però se di tali preamboli doveva farsi uso ne' Tribunali di Napoli, dovevano essere prima confermati dalla G. C. della Vicaria, ove dovevano presentarsi gli atti originali, non bastando la copia, comunque autentica. Carlantonio de Rosa (*Pratica civile*, Cap. 3, n. 11) ritiene, che questa conferma fosse unicamente necessaria per la liquidazione degl' istromenti o riscossione di denaro per Banco, ma generalmente pensavasi, che fosse necessaria per l' introduzione di qualunque causa. Se i beni ereditari erano siti in diverse Università della provincia, il preambolo doveva spedirsi in prima istanza dall' Udienza provinciale; e se i beni erano siti in diverse provincie, era allora mestieri, che il preambolo s' interponesse dalla G. C. della Vicaria, la quale inol-

(*) Leg. fin. C. *De lib. praeter.* L. *unica*, §. *in novissimo*, C. *De caduc. toll.* L. *Quum acutissimi*, C. *De fideicomm.* L. *Cum generaliter*, § *quum autem.* C. *De institution. et subst.* L. Quum Avus, D., *De condit. et demonst.*

sima nazionale *il morto impossessa il vivo* in tutti gli articoli, nei quali trova la sua applicazione. Ed ecco perchè il nostro articolo dice, che il legatario universale è impossessato di pieno dritto, quando non è in concorrenza con gli eredi riservatari. S' è istituito puramente e semplicemente, e muore dopo del testatore, trasmette tutti i suoi dritti ai suoi successori, quando anche non avesse fatto verun atto per annunziare di voler accettare la liberalità.

1814. Il nostro articolo dice, che il legatario universale sarà impossessato di pieno dritto in morte del testatore, se non vi sono degli eredi riservatari, ai quali una quota di beni è stata riserbata dalla legge. Per lo che ogni volta, che vi sarà un erede riservatario, il legatario universale sarà privato del possesso. Questa regola è chiara, e sembra di una facile applicazione, nondimeno vi è una difficoltà, ed è quando il testatore lascia un avo e dei fratelli e delle sorelle. In questo caso, secondo quello, che abbiamo detto (1), bisognerà distinguere, se i fratelli e le sorelle rifiutano o no; se rifiutano l'avo ha dritto alla sua riserva, ed eglino saranno considerati di non essere stati mai eredi. Se non rifiutano l' avo si trova escluso da ogni dritto alla riserva (a). Ora siccome qui la riserva è correlativa al possesso, secondochè l'ascendente avrà o non avrà dritto alla riserba, il legatario universale sarà o no privato del possesso.

Nonpertanto si è combattuta questa soluzione (2), e si è preteso, che in tutti i casi, sia che i fratelli e le sorelle rinunziassero oppur no, la presenza dell' avo basterebbe per impedire il legatario universale di avere il possesso.

« In effetti, si è detto, il legatario universale « si trova qui in presenza dei fratelli e delle « sorelle, che non hanno una riserva. Egli è « dunque impossessato di pieno dritto. Ora se « egli è impossessato di pieno dritto, i fratelli « e le sorelle sono esclusi dalla successione, e « se ne sono esclusi, non vi sono chiamati. E « come se avessero rinunziato, e quindi il le- « gatario universale si trova non già alla loro « presenza, ma in presenza dell' avo ».

È questo evidentemente un ragionamento erroneo. Sinchè i fratelli e le sorelle non hanno rinunziato, il legatario universale si trova al loro cospetto. La loro omessione nel testamento del loro fratello non gli assimila a degli eredi rinunzianti; la nullità del legato universale o del testamento può loro permettere di riprendere un giorno la successione. È una speranza, una eventualità, che è loro lasciata, e sarebbe sconoscere l'ordine, che la legge ha tracciato in materia di successione, il chiamare un erede più lontano ad una successione, alla quale l' erede più prossimo non ha rinunziato.

1815. Quando abbiamo detto, che il legatario universale è impossessato di pieno dritto, abbiamo supposto, che la disposizione, che lo instituiva, fosse pura e semplice. Ma è diversamente, se è sottoposta ad una condizione sospensiva. I principi, che qui sopra abbiamo esposti(3) sull'effetto della condizione sospensiva, si oppongono a che l'erede testamentario possa, *pendente conditione*, prendere il possesso dei beni. Il legato universale non gli è ancora dovuto, ed ha solamente la speranza, che lo sarà (4). Il che decidevano positivamente le leggi romane; per regola esse non volevano, che l'erede istituito sotto di una condizione sospensiva potesse fare un atto di erede, mentrechè la condizione era in sospeso (5). Come dice Cujacio (6), non gli era permesso di far adizione.

La nostra giurisprudenza non deve esitare a conformarsi a queste idee. Il possesso appartiene agli eredi *ab intestato* sin all' avveramento della condizione (7). Nulladimeno si trovano dei testi del dritto romano, che autorizzavano il Pretore a rilasciare il possesso dei beni *secundum tabulas* all' erede istituito sotto una condizione sospensiva, per esempio sotto la condizione, *si navis ex Asia venerit* (8). Ma donde dipende questa singolarità (9)? Perchè in Roma, ove non si conosceva la regola *il morto impossessa il vivo*, avrebbe potuto avvenire, che la prolungata sospensione della condizione avesse lasciata la eredità in sospeso, e messi i creditori in una molesta situazione. Allora il Pretore consultando l' utilità pratica più della sottigliezza del dritto, pesava le circostanze, e secondo l' esigenza

tre aveva essa sola il dritto di spedire i preamboli per Napoli e pel suo Distretto. I Decreti di preambolo *in feudalibus* dovevano necessariamente interporsi anche dalla G. C. della Vicaria, ed erano *ipso jure* nulli, se s' interponevano dalle Corti locali (*). *Il trad.*

(1) N. 805 e 806.

(a) Questa teoria non regge per le nostre Leggi civili, per le quali gli ascendenti sono chiamati alla successione in concorso co' fratelli e colle sorelle. Non essendovi dunque nè padre nè madre, l' avo ha dritto alla riserva indipendentemente dalla volontà de' fratelli o delle sorelle. (V. l' art. 671 delle Leg. civ.). *Il trad.*

(2) Delvincourt, t. II, nota 5, su la p. 64. Coin-Delisle, n. 5, sull' art. 1004.

(*) Rovito *in Pragm.* 3 *De offic S. A. C.*, n. 3.

(3) N. 283 e seg.

(4) Furgole, cap. 7, sez. 4, n. 16, 56.

(5) Ulp. l. 9, § 3, D., *Ad S. C Trebell.*: « ... *Pendente conditione nihil agit.* » Caius, l. 10, *eod. titulo.* Caius, l. 63, § 7, *eod. tit.*

(6) *Quaest. Papin.*, l. 5, sulla l. 8, D., *de stip. praetor.*

(7) Tribunale della Senna 17 maggio 1825 (Devill. e Carr., 8, 1, 662). Questa sentenza è stata confermata con arresto della Corte di Parigi de' 21 febbraio 1826 per motivi, che non si riferiscono a questo punto.

(8) Papinianon, l. 8, D., *De stip. praetor.* Ulpiano, l. 12, D., *Qui satis cogantur.* Ulpiano, l. 5, D., *De bon. poss. sec tabulas.* Ulpiano, l. 2, § 1, D., *eod. titulo.*

(9) « ... *Quod certum est* (dice Cujacio, *loc. cit.*) « *et si primum mirum videatur!* »

de' casi dava il possesso de' beni mediante una cauzione imposta all' erede (1).

Si vede che con ciò il Pretore usava di quel potere discrezionale, che aveva introdotto tanti equitabili soccorsi; ma si vede ancora, che il nostro dritto non ha bisogno di prendere in prestito da esso in questa materia. Il dritto francese ha stabilito una devoluzione di beni semplice e naturale. Se l' erede testamentario non è impossessato, la successione va *ipso jure* agli eredi *ab intestato* pel potere della regola *il morto impossessa il vivo*. Per lo che non vi è da temere queste sospensioni e queste vacanze di successione, che avevano eccitata la sollecitudine del Pretore.

Di ciò non si è accorta la corte di Torino in un arresto del 13 di aprile 1807 (2), nel quale fa dei dotti sforzi per ritrovare nel codice Napoleone le vestigia di questa giurisprudenza incompatibile col suo spirito.

Del resto la specie, sulla quale la corte di Torino aveva da pronunziare, merita di essere notata, e si vedrà, che nel fondo la sua decisione non aveva bisogno di sostenersi per la risurrezione di leggi cadute in desuetudine.

Maurizio Cantone aveva istituito per erede universale i suoi due nipoti, figli di suo fratello, sotto la condizione, che all'età di 60 anni tutti due o l' uno di loro avessero dei figli maschi, altrimenti accordava loro l' usufrutto dei suoi beni, ed instituiva in loro vece i suoi due altri nipoti, figli di sua sorella.

La quistione elevata innanzi la corte di Torino era di sapere, se malgrado la condizione, della quale si è parlato, il legatario universale era impossessato per la morte del testatore, ed è chiaro non esservi bisogno di grandi sforzi di erudizione e di argomentazione per vedere, che il testatore aveva voluto, che i nipoti avessero l' immediato possesso, dapoichè dando loro formalmente l'usufrutto pendente il tempo della sospensione della condizione, aveva, per così dire, trasformata questa condizione sospensiva in una condizione risolutoria, almeno in quanto agli effetti reali. Il che decise la corte di Torino, se non che non prese per giungere a questa soluzione la strada più semplice e più naturale.

Aggiungo, che se sottopose i legatari universali a dare una cauzione, fu perchè costoro l' avevano offerta nella loro qualità di usufruttuari, ed in conformità dell' articolo 601 del codice (a). Ragione dippiù, perchè fosse inutile di andare a cercare nelle leggi romane le disposizioni straordinarie relative alle cauzioni pretoriane.

Articolo 1007 — (933)

Ogni testamento olografo prima di essere messo in esecuzione sarà presentato al Presidente del Tribunale di prima istanza del circondario, nel quale la successione si è aperta. Questo testamento sarà aperto, s'è chiuso. Il presidente redigerà processo verbale della presentazione, dell' apertura, e dello stato del testamento, del quale ordinerà il deposito tra le mani di un notaio, da lui nominato.

Se il testamento è nella forma mistica, la sua presentazione, la sua apertura, la sua descrizione, ed il suo deposito saranno fatti nella stessa maniera, ma l'apertura non potrà farsi, che in presenza de' notai e de' testimoni, che hanno sottoscritto l'atto di soprascrizione, che si troveranno sul luogo, od essi chiamati (b).

SOMMARIO

COMENTARIO

1816. Quando il testamento, che istituisce il legatario universale, è nella forma autentica, l' atto porta con lui un carattere di solennità e di pubblicità, che implica l' esecuzione pa-

(1) «... *At jure praetorio benigniore, quod respicit* « *magis ad utilitatem negotiorum, haeres scriptus sub* « *conditione pendente, ea potest admittere bonorum pos-* « *sessionem secundum tabulas... Quod sit ea res uti-* « *lissima creditoribus ne longior mora eis fiat diu ja-* « *cente haereditate sine domino vel quasi domino: po-* « *terit enim conditio pendere per vicennium et quis in-* « *terim respondebit creditoribus!...* (Cujacio, *loc. cit.*)

(2) Devill., 2, 2, 225.

(a) Articolo 526 delle leggi civili. *Il trad.*

(b) Quest'articolo è uniforme all'art. 933 delle Leggi civili, se non che invece del Presidente è destinato il Giudice del Circondario, in cui si è aperta la successione, a ricevere ed aprire il testamento. È inutile di fare rilevare quanto questa disposizione sia più comoda e meno dispendiosa pe' cittadini. *Il trad.*

Digitized by Google

rata, e fa riconoscere l'istituto senza il soccorso di veruna solennità accessoria.

Ma se il testamento è fatto nella forma olografa o nella forma mistica, diviene necessario di adoprare certe formole e certe garentie per constatare l'esistenza di quest'atto e lo stato, nel quale si trova. Il perchè il codice ha tracciato nell'articolo 1007 la procedura da seguirsi per l'apertura ed il deposito dei testamenti olografi e mistici. Questi testamenti debbono essere aperti dal presidente del tribunale del circondario, nel quale la successione è aperta, e questo magistrato dopo di avere redatto processo verbale dell'apertura, e dello stato del testamento, ne ordina il deposito nelle mani del notaio, che nomina a tal effetto. Se il testamento è mistico, questa apertura non potrà farsi se prima i notari ed i testimoni presenti sul luogo non saranno stati chiamati.

1817. Codeste formalità debbono la loro origine al dritto romano, che le aveva stabilite per la ragione, che un testamento non appartiene unicamente all'erede, ma a tutti coloro, che hanno interesse di consultarlo. D'altronde si voleva impedire, che i testamenti non potessero essere distrutti, e che non si potesse porre ostacolo all'effetto delle ultime volontà dei moribondi (1). La legge dunque esigè, che il testamento fosse presentato al magistrato in presenza dei testimoni, o della più parte di coloro, che l'avevano sottoscritto. Questi testimoni dovevano riconoscere la loro sottoscrizione, dopo di che si apriva il testamento, se ne dava lettura, vi si apponeva il sigillo dello stato, e si depositava nel pubblico tesoro (2); pare pure, che s'insinuasse negli atti pubblici (3).

1818. Queste formalità che concernevano il testamento solenne, erano state applicate al testamento mistico nei paesi di dritto scritto (4).

In quanto ai testamenti olografi l'uso del castelletto di Parigi (5) non esigeva il ministero del giudice, che in quanto erano chiusi. Nel caso contrario la persona, che era latrice di un testamento fatto in questa forma, lo depositava presso di un notaio, o rimaneva sottoposto alla formalità del controllo e dell'insinuazione (6).

L'ordinanza del 1735 non aveva nulla cambiato a questo stato di cose, ed aveva dichiarato di lasciare nei termini del dritto comune e dell'uso l'apertura, il registro e la pubblicazione dei testamenti (7).

Il codice ha fatto dippiù; esige in tutti i casi l'intervento del giudice.

1819. Del resto le regole, che sono stabilite unicamente per assicurare l'esecuzione della volontà del testatore, non sono di quelle, la di cui innosservanza attacca la stessa volontà; non si legano in nulla all'essenza intrinseca, nè alla forma esteriore dell'atto, che ne contiene l'espressione. Il perchè non si potrà fare dichiarare nullo un testamento olografo sotto pretesto che l'erede lo abbia aperto prima di rimetterlo al presidente, sopratutto quando nulla verrà ad indicare la frode (8).

1820. L'articolo 916 del codice di procedura civile (a) ha preveduto il caso, in cui il testamento verrà scoverto tra le carte del defunto nel momento dell'apposizione dei suggelli, ed incarica il giudice di pace di farne la presentazione al presidente del tribunale. In tutti i casi questi deve ordinarne il deposito presso di un notaio. È una formalità necessaria, affinchè i terzi possano consultare il testamento.

1821. L'uffizio del presidente per l'apertura del testamento, pel processo verbale descrittivo e pel deposito appartiene alla giurisdizione volontaria (9). Il suo ministero è interamente passivo, ed il giudice non potrebbe ricusare sotto di alcun pretesto l'apertura e la descrizione. Nè i vizi apparenti del testamento sarebbero un motivo per autorizzarvelo. *Itemque imperfecta solemus testamenta dicere* (10).

Articolo 1008 — (934)

Nel caso dell'artic. 1006, se il testamento è olografo o mistico, il legatario universale sarà obbligato di farsi immettere in possesso con un'ordinanza del presidente, messa in piedi di una dimanda, alla quale sarà unito l'atto di doposito (b).

(1) Ulpiano, l. 2 *in primo*, D., *Testam. quemad. aperiant.*:

« ... *Tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis, hoc est haeredis, sed universorum, quibus quid illic adscriptum est; quin potius pubblicum est instrumentum.* »

(2) Paolo, *Sent.*, l. 4, t. 6. §. 1.

(3) Vuet, l. 29, t. 3, n.i 1, 5. L. 18, C. *De testamentis*:

« ... *Quae apud officium censuale publicari solent, in eodem loco reserventur.* »

(4) Furgole, cap. 2, sez. 10, n° 10.

(5) Ferrieres *sopra Parigi*, sull'art. 289, gloss. 1, n° 16. Atti di notorietà di Denizart, p. 336.

(6) Pothier, *Donat. testam.* cap. 1, art 2, §. 3.

(7) Art. 19.

(8) Riom, 17 marzo 1807 (Devill., 2, 2, 215). Rouen, 15 gennajo 1808 (Devill., 2, 2, 353). Metz, 10 luglio 1816 (Devill., 5, 2, 169). Aggiungi Delvincourt, t. 2, p. 388. Grenier, n° 290. Merlin. Repert., v. *Testamento*, t. 17, §. 4, sez. 2, art. 5, n° 2. Vazeille, n° 2, sull'art 1007.

(a) Art. 993. Leggi di proc. ne' giudizi civili. *Il trad.*

(9) Merlin, Repert., *loc. cit.*, p. 768, col. 1.

(10) Ulpiano, l. 2, §. 1, D., *Testam. quemad. aper.*

(b) Corrisponde all'art. 934 delle Leggi civili, ma come nell'articolo precedente il Giudice di Circondario è surrogato al Presidente *Il trad.*

SOMMARIO

COMENTARIO

1822. Il testamento fatto nella forma olografa o nella forma mistica, benchè sotto certi riguardi sia un testamento pubblico, non è in se, che un atto sotto firma privata (1), e non ha come l' atto autentico l' esecuzione parata. Il nostro articolo esige in conseguenza, che il legatario universale istituito da un testamento fatto in questa forma, sia messo in possesso da una ordinanza del giudice, che gli dà la forza esecutoria, della quale è per se stesso sprovveduto.

Si è considerato d'altronde, non essere possibile di autorizzare indistintamente ogni individuo, che si pretendesse legatario universale, ad impadronirsi della successione, senzachè fossero prese preliminarmente delle precauzioni per rassicurare la società e per garentire i dritti degl' interessati (2). Infine si è voluto, che i parenti chiamati dalla legge avessero la facoltà di verificare i testamenti olografi o mistici, primachè l' erede istituito o il legatario universale potesse mettersi in possesso (3). Abbiamo già accennato qui sopra queste considerazioni decisive, che concernono alla volta lo interesse pubblico e l' interesse privato (4).

1823. Questa immessione in possesso non ha nulla di comune con quella, che l'erede secondo il dritto romano era obbligato di dimandare al magistrato dopochè il testamento si era aperto e depositato (5). L' obbligazione imposta all' erede istituito di farsi immettere nel possesso dei beni dal magistrato, dipendeva da che il dritto romano non conoscendo la massima: *il morto impossessa il vivo*, bisognava necessariamente, che l' erede testamentario, quale si fosse la forma del testamento, fosse ricorso all'autorità del giudice per avere il possesso, e che ne fosse redatto un atto pubblico. Siccome il possesso del defunto non si continuava sulla testa dell' erede (6), e che la stessa adizione non glielo dava (7) l' intervento del giudice era necessario per operare la devoluzione di fatto, ed era pure necessario in tutti i casi, sia che vi fosse oppur nò un contraddittore: e quando vi era contraddizione, il pretore decideva la contestazione con cognizione di causa (*causa cognita*), e dopo di essere stata la causa discussa in giudizio (8).

1824. Questo punto di dritto era abolito in Francia sia nei paesi di dritto scritto, sia in quelli di consuetudine per la regola *il morto impossessa il vivo*. Se nei paesi di costumanza l' erede istituito doveva richiedere il rilascio dei beni dall' erede del sangue, come l' abbiamo di già veduto (9), questa circostanza metteva capo ad una causa particolare, cioè, che la sua instituzione non poteva valere, che come legato, ed era incapace di fare un erede. Per lo che era d' uopo, che l' erede del sangue, vero e solo erede impossessato, facesse passare il possesso al legatario universale. Ora questo rilascio, emanando principalmente dal fatto volontario dell' erede *ab intestato*, e non dallo intervento della pubblica podestà, era ben differente dal possesso pretoriano del dritto romano.

In quanto ai paesi di dritto scritto, ove l' instituzione di erede produceva sì potenti effetti, l'erede istituito, essendo impossessato di pieno dritto, non vi era rilascio da dimandare; la regola *il morto impossessa il vivo*, operava in suo favore con la medesima forza, che agiva in paese di consuetudine a favore dell'erede *ab intestato*. E per conseguenza poteva mettersi

(1) N.i 1498, 1500, 1501.

(2) Giaubert, rapporto al Tribunato (Fenet, t. 12, p. 609. Locré, t. 11, p. 471).

(3) Bigot de Préameneu, oratore del governo. (Fenet, t. 12, p. 558. Locré, t. 11, p. 404 *in fine*).

(4) *Supra*, n° 1500.

(5) Paolo, *Sent.*, l. 3, t. 5. §. 17.
« ... *In eo testamento quod nec ut oportuit oblatum, nec publice recitatum est, haeres scriptus in possessionem mitti frustra desiderat.* »

(6) Paolo, l. 3, D., *De acq. possesc.* Furgole, cap. 10, n° 12.

(7) Voet, *Ad Pand.*, *De adq. vel omitt. haered.* n° 18.

(8) L. 3, C., *De edict. divi Adriani tollendo*. Furgole, cap. 10, n° 10.

(9) N° 1434.

in possesso di sua propria autorità, continuando così nella sua persona il possesso del defunto (1).

1825. Si sa, che secondo il codice Napoleone la necessità di dimandare il rilascio è stata imposta al legatario universale, semprechè vi sono degli eredi del sangue riservatari, e mai quando non ve ne sono. Questa dimanda di rilascio, riproduzione di quella, della quale abbiamo veduto l'origine nel diritto consuetudinario, si separa per conseguenza pienamente dal possesso pretoriano del dritto romano, nè si distingue meno dall'ordinanza d'immessione in possesso, prescritta dal nostro articolo.

Ed in effetti l'obbligazione di dimandare il rilascio risulta dal non essere il legatario universale impossessato, quando vi sono dei legittimari. Per contrario l'immessione in possesso nel caso, in cui non vi sono eredi di tal genere, non è richiesta, come abbiamo detto (2), che per dare al testamento olografo o mistico l'esecuzione, che gli manca. Il legatario universale non manca in questo caso del possesso legale, dapoichè il *possesso* (a) *juris est potius quam facti*. D'altronde l'ordinanza del presidente non è altro, che un atto, che riguarda l'esecuzione, e si emette sulla sola richiesta dell'erede istituito (3). I parenti, che succedessero *ab intestato*, non vi sarebbero obbligati.

A differenza dell'azione di rilascio, la richiesta dell'immessione in possesso appartiene per sua natura alla giurisdizione volontaria(4); e non si potrebbe confondere l'ordinanza, che vi risponde, con una sentenza di rilascio renduta nella forma contraddittoria.

1826. Nulladimeno rimarcheremo, che siccome il presidente che ha il potere di rendere questa ordinanza, è nel tempo stesso il giudice dell'udienza dei rapporti, potrà sovente avvenire, che gli eredi *ab intestato* avranno la facoltà di fare opposizione innanzi questo magistrato all'immessione in possesso, il che aprirà su questo articolo una discussione in contraddizione all'udienza dei rapporti.

Ed in effetti giusta l'articolo 806 del codice di procedura civile (b) l'udienza dei rapporti è un mezzo da fare regolare provvisoriamente dal presidente tutti i casi di urgenza; ed è un caso di questa specie quello, di cui si tratta in questa materia, ove bisogna pronunziare sul possesso, impedire prontamente le dilapidazioni e prevenire le sorprese. Supponiamo, che la scrittura del testamento sia negata, o che vi sieno delle circostanze, che permettono di contestare a quest'atto il carattere di titolo apparente; in tutti questi casi, ed in altri analoghi, nei quali l'urgenza eleverà la voce, si comprenda che gli eredi *ab intestato* hanno il dritto d'intervenire per ottenere per provvisione contra l'erede istituito, che è stato immesso in possesso, il richiamo di questa ordinanza, il sequestro dei beni, se vi è luogo, e tutte le misure conservatorie, che appariranno necessarie (5).

1827. Ciò non è tutto, ed anche quando non vi fosse opposizione o contraddittore il presidente potrebbe prevenire di officio le obbiezioni, che si oppongono all'immessione in possesso, che gli è dimandata. Perocchè se si vogliono pesare le considerazioni, che hanno fatto emanare l'articolo 1008, e che abbiamo qui sopra stabilite (6), si rimarrà convinto, non essere il suo ministero puramente passivo. Per esempio se conosce, che vi sono degli eredi riservatari in concorso col legatario, o se gli sembra, non essere il legato fatto a questo legatario un legato universale, può e deve pure ricusare l'immessione in possesso (7).

1828. Deve anche ricusarla, quando *in prima figura* il testamento porta la pruova di un vizio radicale esteriore. Imperocchè un testamento, che non è vestito delle formalità esteriori volute dalla legge, non è un testamento; come sarebbe un testamento olografo non sottoscritto nè datato (8). Se il testamento fosse cassato o radiato, non si potrebbe volere, che il giudice pronunziasse l'immessione in possesso. E perchè non sarebbe lo stesso nel caso di una nullità apparente di natura d'annullare il testamento? (9)

Il che viene molto bene, stabilito da un arresto della corte di Rouen dei 27 di maggio 1807 (10), ove è detto: « Essere dovere del « presidente di esaminare la forma estrinseca « dell'atto, e di ricusargli ogni sanzione, se « non ha nessuno degli attributi, che debbono « caratterizzarlo; è anche suo dovere l'informarsi, se il richiedente ha un domicilio conosciuto, e gode d'una riputazione, che garantisce, non essere il testamento, che presenta, un atto destinato a favorire una spoliazione. »

1829. Ma se il testamento, presentando tutti

(1) Furgole, cap. 10, n° 11.

(2) N° 1816.

(a) *Saisina*, vale a dire quel possesso, che rappresenta la trasmessione nell'erede di tutt'i diritti del defunto. *Il trad.*

(3) Cassaz., 24 aprile 1844 (Devill., 45, 1, 66).

(4) Bruxelles, 3 gennaio 1823 (Devill., 7, 2, 148), Nimes, 17 febbraio 1824 (Devill., 7, 2, 321). Tolosa, 1 agosto 1842 (Devill., 43, 2, 71). *Aggiungi* Toullier, t. 5, n° 497. Merlin, Repert., v. *Giurisd graziosa*, n° 1, t. 17. Carré e Chauveau, *Leggi della proced. civile*, t. 1, n° 378.

(b) L. di proced. ne' giudizi civili, art. 889. *Il trad.*

(5) *Sopra*, n° 1500.

(6) N° 1816.

(7) Orléans, 31 agosto 1831 (Devill., 32, 2, 145).

(8) Voet, *Ad Pand.*, *tit. Quorum bonor.*, n° 4.

(9) Arg. della l. ult del Cod., *De edicto divi Adriani tollendo*. Merlin, Quist. di dritto, v. *Legatario*, §. 2.

(10) Devill., 2, 2, 248.

i caratteri esteriori e visibili di un testamento, non potesse essere criticato, che sotto il rapporto di vizi intrinseci o non palpabili, il presidente non si potrebbe costituire giudice di questi difetti che dipendono dalla conoscenza o dal giudizio del merito. Spetta all' erede di provvedersi con azione di nullità dell' atto (1).

In quanto al presidente, che interviene solo per pronunziare per misura di precauzione, non deve fare nulla, che pregiudichi all' erede istituito su dei punti. che non sono di sua competenza. Ciò può fortificarsi con quello, che Voet (2) insegna nella materia della immessione in possesso pretoriana. che sebbene differente dalla nostra, ha però con essa una evidente analogia su questo punto. Giusta la sua dottrina la semplice allegazione di un falso, di una incapacità attiva da parte di colui, che ha fatto il testamento, d' una incapacità nella persona del notaio o dell' instituito, non deve impedire l' immessione in possesso, salvo i dritti di coloro, che possono trarre partito da queste nullità. Il giureconsulto diceva benissimo: *Sive falsum, sive ruptum, sive irritum dicatur esse testamentum, salva eorum disceptatione, scriptus haeres jure in possessionem mitti desiderat* (3).

1830. Sarebbe diversamente, se invece di un semplice sospetto risultante da un' allegazione, esistesse un' azione di falso principale contro del testamento o una sottoposizione ad accusa contro del legatario universale o del presunto fabbricante dell' atto; in simile caso si concepisce, che le più gravi ragioni debbono arrestare il presidente. Ed anche in caso di falso incidente non sarebbe vietato a questo magistrato, secondo la gravità delle circostanze, di sospendere provvisoriamente l' esecuzione dell'atto (4).

Questa dottrina è la conseguenza evidente delle ragioni, che hanno fatto emettere il nostro articolo (5). Quando vi è querela in falso principale, o una inscrizione in falso, le circostanze possono apparire assai gravi al presidente, perchè sia di suo dovere di rassicurare la società, e di non abbandonare ad uno spogliatore una successione, della quale farà la sua preda.

1831. In quanto al caso, nel quale invece di un falso si tratta di un non riconoscimento di carattere o della sottoscrizione del testatore da parte dell' erede *ab intestato*, si può riportarsene alle regole, che abbiamo qui sopra esposte nel nostro comentario dell'art. 970 (6).

1832. Non ripeteremo qui quello, che nello stesso luogo abbiamo detto sulla quistione, a chi spetta la verificazione della scrittura o della sottoscrizione del testatore in caso di negazione.

1833. Voet (7) dimanda, che avverrebbe, se due individui si presentassero al giudice, pretendendo essere entrambi gl' instituiti; per esempio se il testamento dicesse : « Istituisco Tizio mio cognato » e che il testatore avesse due cognati del medesimo nome. Se nè l' uno nè l' altro possedessero i beni ereditari, e che i loro dritti fossero ugualmente dubbi, varrebbe meglio, dice Voet, non dare il possesso ad alcuno. Ed in effetti evvi nella istituzione una perplessità. che la rende incerta, e deve arrestare il giudice.

1834. Si è dimandato se malgrado il possesso legale ed anche malgrado l' immessione in possesso, l' erede *ab intestato* potrebbe dimandare l'apposizione dei suggelli e l' inventario dei titoli della successione, onde assicurare per mezzo di questi atti conservatori l'integrità dei suoi dritti eventuali in caso di nullità del testamento. La giurisprudenza si è fissata per l'affermativa (8).

E la ragione ne è, che queste misure conservatorie non attentano in alcun modo al possesso del legatario universale; che tendono solo alla conservazione dei dritti degli eredi *ab intestato*, che potendo avere dei validi mezzi per fare annullare il testamento, hanno interesse, perchè non vengano dilapidati gli effetti della successione. D' altronde l' art. 909 del codice di procedura civile (a), dispone, che l'apposizione dei suggelli potrà essere richiesta da tutti coloro, che pretenderanno di avere dritto nella successione.

Articolo 1009 — (935)

Il legatario universale, che sarà in concorso con un erede, al quale la legge riserba una quota di beni, sarà tenuto de' debiti e de' pesi della successione del testatore, personalmente per la sua quota e porzione, ed ipotecariamente per lo intiero; e sarà tenuto di soddisfare tutt' i legati, salva il caso di riduzione, come viene spiegato negli art. 926 e 927 (b).

(1) Rouen, arresto precit.
(2) *Ad Pand*, *tit. Quorum bonorum*, n° 4.
(3) *Sentent.* l. 3, l. 5, §. 14.
(4) Art. 19 della legge de' 25 vent. anno XI.
(5) *Sopra*, n° 1816.
(6) N° 1500.
(7) *Ad Pand*, *tit. Quorum bonorum*, n° 6.
(8) Bruxelles 28 novembre 1810 (Devill., 3, 2, 363). Nimes, 27 dicembre 1810 (Devill., 3, 2, 240). Bruxelles 9 marzo 1811 (Devill., 3, 2, 362). Douai, 6 agosto 1838, Douai, 28 maggio 1845 (Devill. 45, 2, 345). Parigi 11 di agosto 1809 (Devill., 3, 2, 122).

(a) Leggi di proced. civile, art. 986. *Il trad.*

(b) Quest'articolo è uniforme all'art. 935 delle leggi civili. *Il trad.*

Digitized by Google

SOMMARIO

COMMENTARIO

1836. È raro, che una successiooe oon sia gravata di qualche peso, debito, o legato. Quando il legatario è solo a raccoglierla seaza il coocorso di erede riservatario, rimane gravato di questi diversi pesi dell' eredità.

Si sa quello, che s' inteade per debiti. Secondo la legge 10, D., *De verb. significat.*, è tutto quello, che è dovuto in virtù di uo'azione qualunque(1). Oltre dei debiti vi sono ordinariamento dei pesi, come lo spese fuoerarie, le spese dell' ultima iofermità ecc.

1836. Di tutti questi debiti e pesi il legatario universale è tenuto al di là dell' emolumeato, che riceve. Noo avendo vicioo a sè alcun erede riservatario, che ooi qui supponiamo, trovandosi impossessato di pieno dritto, bisogna ben guardarsi dal coofonderlo col legatario universale del dritto consuetudinario, che doveva dimandare il rilascio all' erede del sangue,ed al quale noo si applicava la regola, *il morto impossessa il vivo*, ooa essendovi, che il solo Iddio, che potesse far un erede. Oggi il legatario universale cootioua e rappreseota il defunto; è erede per la voloolà dell' uomo, così potente come la legge; e poichè è erede, deve essero assimilato a colui, che succedo per natura. Secoodo il dritto consuetudinario e malgrado (2) l' obbligazione di dimandare il rilascio, i legatari uoiversali, senza essere eredi, se ne avvieinavano nonpertaato per alcuni punti importaoti; il che faceva dire a Loisel, che i legatari universali sooo tenuti per eredi (3). Oggi non sono solameote teooti per eredi, ma sooo realmente eredi, perchè soli teogooo il posto del defuoto, e soli gli succedooo *in universum jus*.

Abbiamo agitata la quistiooe,se il peso opposto ad uoa liberalità può eccedere l' emolumeoto, e ci siamo decisi per la negativa per il principio, che uan liberalità ooa può essere onerosa a colui, che la riceve (4).

Ma questo principio oon è applicabile ad un legatario uoiversale o all' erede istituito, cho rappresenta la persooa del defunto, perchè in questa qualità si ha contra di lui le stesse azioni, che si avrebbero avute contra del suo autore. Per lo che deve essere tenuto dei debiti e dei pesi anche al di là dei beni ereditari (5). Nè per questa obbligazione vi è alcuoa differeaza tra lui e l'erede della legge. Egli è stato messo dalla voloolà del defunto ael posto del successore legittimo, e si deve trattarlo come coloro, di cui diceva la legge romana: « *Hi qui in universum jus succedunt, haeredis loco habentur* (6). » Tal punto è chiaro come la luce relativamente al legatario universale, che non è in concorso coa gli eredi riservatari, comechè questo legatario ha lo stesso carattere dello erede istituito del dritto romano: *personam defuncti sustinet*;epperò è tenuto della stessa maoiera, vale a dire, *ultra vires haereditatis*(7).

Nulladimeao la legge viene io soo soccorso, quando la successione non è sufficientemente ricca per bastare a tutti i pesi ereditari, e sic-

(1) Furgole, cap. 10, sez. 3, n° 82.

(2) Arg. da ciò, che dice Delaorière, *Delle instituzioni contrattuali*, cap. 4, ni 127 e seg.

(3) Lib. 2, t. 4, n° 14. Delaurière insiste sulle differenze. *Sur Loisel*, *loc. cit.*

(4) *Sopra*, n° 363

(5) L. ultim., C., *De jure deliber.*

(6) L. 117 e 128, §. 1, D., *De regulis juris*. Delaurière, cap. 4, n° 129, e *sur Loisel*, 2, 4, 14.

(7) Voet, *Ad Pand.*, l. *De legatis*, lib. 30, 31, 32, tit. n° 15 indica la differenza tra colui, ch'è erede istituito, e colui, che è semplicemente legatario particolare:

« *Haeredes jure novo legatis ultra gravari possunt,* « *quam onorati sunt, quoties absque inventari beneficium oditionem faciunt, utpote carentes falcidiae legis* « *deductione; legatarii vero et similes alii non ultra,* « *quam quatenus a defuncto acceperunt, sic ut, quod* « *amplius est, inutiliter relictum censeatur.* »

Nell'antico dritto romano l'erede non era tenuto dei legati, che sino alla concorrenza de' beni, che restavano dopo il pagamento de' debiti e la ritenuta della quarta falcidia (l. 12, C., *De testam. milit.*). Ma dopo l'introduzione del beneficio dell' inventario, Giustiniano cambiò questa giurisprudenza, e per punire coloro, che non osavano di questo beneficio, volle, che l'erede fosse tenuto indefinitamente de' legati, come de' debiti. (Voet, l. 28, tit. 8, n° 27, *De jure delib.*).

come egli è veramente erede, gli accorda il benefizio dell' inventario, del quale si parla negli articoli 793 e seguenti del codice Napoleone.

Si era pensato (1), che questi articoli non potessero essere applicati ai legatari universali, perchè la legge parla soltanto degli eredi. Ma i legatari universali sono dei veri eredi fatti dalla volontà dell' uomo, *qui in universum jus succedunt, et haeredis loco habentur* (2). Epperò debbono godere degli stessi benefizi degli eredi della legge (3). Tutti questi punti sono oggi consacrati dalla giurisprudenza, ed ammessi da tutti gli uomini versati nelle sane dottrine pratiche. Sotto l' antico diritto consuetudinario non era così; il legatario universale non era erede; il suo titolo emanava dalla volontà del testatore, mentre Dio solo poteva fare un erede. Quindi non aveva possesso, ed era obbligato di dimandare il rilascio. Per lo che per regola non era tenuto pei debiti personalmente, ma solamente a causa della cosa, *ob rem*. È vero, che vi era un caso, in cui poteva essere tenuto anche *ultra vires*, ed era quello, nel quale non aveva presa la precauzione d'impedire col mezzo di un inventario la confusione dei suoi beni coi beni della successione (4). Ed allora siccome egli prendeva la successione, non dalla mano del defunto, ma dell' erede del sangue, lo si riguardava come un erede utile, e lo si trattava *ad instar* del vero erede; senza di che gli sarebbe stato facile di profittare della successioni, e di defraudare i creditori (5). Ciò non vuol dire, che i legatari universali fossero obbligati di prendere in cancelleria delle lettere di benefizio d' inventario (6), dapoichè non erano essi sottoposti a questa obbligazione, riserbata pei soli eredi, ma erano tenuti ad un semplice inventario fatto lealmente senza dichiarazione nè solennità eccezionale. Per mezzo del quale i legatari universali non erano sottoposti, che all'azione *personalis in rem scripta*, e non potevano essere perseguitati, che sino alla concorrenza di quello, di cui profittavano nei beni del defunto; di talchè, lo ripetiamo, non era necessario, che accettassero il legato universale sotto benefizio d' inventario, e potevano discaricarsi dei debiti, abbandonando i beni (7).

Oggi queste idee sono inapplicabili. Il legatario universale non ha un carattere ristretto, nè questo è cancellato o diminuito da un erede del sangue non riservatario, solo atto a dargli il possesso. Egli è la personificazione del defunto senza intermediario e senza limiti. Per lo che è tenuto personalmente ed indefinitamente dei suoi debiti, salvo il benefizio dell' inventario, del quale può usare come un erede.

1837. Veniamo a parlare di un caso, nel quale il legatario universale si trova chiamato senza concorso dei riservatari.

Esaminiamo quello, nel quale il testatore lascia degli eredi in linea diretta, che hanno dritto di riserva, e vediamo in quale modo sono tenuti i legatari universali.

Per procedere con ordine bisogna distinguere più punti.

È dapprima l' esistenza dell' erede riservatario, che rappresenta la persona del defunto, vieta forse, che il legatario universale sia tenuto direttamente?

In secondo luogo che cosa comprende quest' azione diretta? In quale misura il legatario ne è tenuto?

In terzo luogo il legatario universale è egli tenuto anche *ultra vires emolumenti*, di talchè non possa sottrarsi ai debiti, abbandonando la cosa?

1838. Sul primo punto esaminiamo quello, che succedeva nel dritto romano.

Vi era un principio scritto nelle leggi delle dodici tavole, ed era, che i debiti dovevano seguire l'erede e non il successore a titolo singolare. Da ciò derivava, che l' azione personale emergente dai debiti e dai pesi, non passava contro dei legatari, perchè non erano considerati, che come successori a titolo singolare, a che non avevano nella loro persona un titolo universale. Dapoichè quale si fosse la quota dei beni, loro rimasti, non avevano mai l'universalità dei dritti contenuti nell' eredità, nè si riguardavano come successori universali, se non coloro, che in tutto e per tutto rappresentavano il defunto; tali erano coloro, che ottenevano il possesso pretoriano dei beni, o gli altri ai quali si restituiva l'eredità in virtù del S. C. Trebelliano ecc. (8). Ed ecco perchè la legge finale del codice, *De hereditariis actio-*

(1) Gli autori delle *Pandette francesi*.

(2) Paolo, t. 128, §. 1. D., *De reg. juris*. Ulpiano, l. 9, §. 12, D., *De haered instituend*. Chabot *sur les Success.*, art. 873, n° 26. Merlin, Repert., v. *Legatario*, §. 7, art. 1, n° 17 *in fine*.

(3) Arresto di Cassazione (cam. civ.) 13 agosto 1851 (Devill., 51, 1, 637). *Infra* n° 1839.

(4) Brillon, v. *Inventario*, n° 23, riferisce, che « con « un arresto renduto il 14 di maggio 1691 sul rapporto « del sig. Lescalopier nella 1ª Camera di appello, è stato « giudicato, che un legatario universale, avendo omesso « di far inventario, i creditori della successione pote- « vano dirigersi su' suoi propri beni, essendovi confu- « sione, nonostante la rinunzia da lui fatta al legato « universale in pendenza della lite, e tuttochè ci soste- « nesse, non avere lasciata la sua defunta madre alcun « bene, nè aver egli giammai profittato della succes- « sione, il che offriva provare per la pubblica voce e « fama, o sottoponendosi anche alla pena di quadruplo, « se si potesse provare, aver egli profittato di qualche « cosa. »

(5) Loyseau, *Abbandono*, lib. 1, cap. 11, n° 2. Delaurière. *Instit. cont.* cap. 4, ni 133, 134, e *su Loisel*, 2, 4, 14. *Infra*, n° 2419.

(6) Ferrières, *sopra Parigi*, art. 334, §. 3, n° 11. Brillon, v. *Debiti*, n° 16. Arresti di Lamoignon, t. 45. Pothier *su Orléans*, Introd. al tit. 17, n° 113.

(7) Pothier, *loc. cit.*

(8) Pothier, *Pand.*, t. 3, p. 283, n° 54.

Digitized by Google

nibus diceva: « *Creditores haereditarios ad-* « *versus legatarios non habere personalem* « *actionem convenit, quippe cum evidentissi-* « *me lex duodecim tabularum haeredes huic* « *rei faciat obnoxios* (1). » Nel dritto romano adunque l'azione dei creditori non poteva essere regolarmente esercitata, che contro gli eredi istituiti, ciascuno per la parte e porzione: « *Nomina inter haeredes pro portionibus hae-* « *reditariis ercta cita sunto* (2). Eglino non potevano citare direttamente i legatari, cho altro non erano, che dei successori singolari, quale si fosse l'emolumento del legato (3).

Ma malgrado il rigore di questi principî del dritto scritto, l'equità aveva conciliato gl'interessi degli eredi con gl'interessi dei creditori, ed ecco per qual mezzo.

O il legato universale conteneva una parte dell'eredità, o conteneva una parte dei beni.

Se conteneva una parte dell'eredità (*partem hereditatis*) siccome l'eredità comprende l'emolumento ed i pesi, ne seguiva, che il legatario di una parte dell'eredità rimaneva soggetto ai pesi in proporzione di questa parte dell'eredità. Allora si faceva tra l'erede istituito ed il legatario di parte dell'eredità una stipulazione, per la quale quest'ultimo si obbligava di sopportare la sua porzione di debiti e pesi, ed a rimborsare l'erede di tutto ciò, che questi avrebbe pagato a ragione di questi debiti e pesi. Questa stipulazione, di cui parla Ulpiano nei suoi frammenti, si chiamava *partis et pro parte* (4); nè impediva, che l'erede non rimanesse solo obbligato verso del creditore, dapoichè le azioni rimanevano attaccate alla sua persona, ma faceva soltanto, che il legatario nella sua qualità di legatario di una parte dell'eredità, il che comprendeva l'emolumento ed i debiti, indennizzasse l'erede di quanto aveva pagato per la soddisfazione dei debiti.

In seguito Giustiniano, amico della semplicità nel dritto (5), abrogò questa stipulazione, che non era, che un giro, e volle per imitazione del S. C. Trebelliano, che le azioni del creditore passassero sulla testa del legatario per la porzione dell'eredità, compresa nel suo legato (6).

Quando il legato era di una quota di beni, si prendeva norma da principii differenti. Ed in effetti si conosce la regola: *Bona non dicuntur, nisi deducto aere alieno* (7). Per lo che il legatario poteva solo pretendere a quello, che rimaneva dopo la deduzione de'debiti e de'pesi. Allora l'erede riteneva sul legato tutto quello, che bisognava per lo pagamento de'debiti, n'quali la sua qualità di erede lo rendeva obbligato per lo tutto. « *Cum autem pars bonorum ita legatur:* » *Bonorum meorum, quae sunt, cum moriar, dos et manumissorum pretia e medio deducenda sunt* (8). Il che fa dire a Voet: « *Haeres legatariis non* « *ultra quidquam praestabat, quam post di-* « *missos defuncti creditores et deductas fu-* « *neris impensas ac pretia servorum manu-* « *missorum in haereditate repertum erat* » (9).

Si comprende la differenza, che si doveva porre tra il legato di porzione dell'eredità ed il legato di porzione de'beni ne'principii del dritto romano, che più del nostro si attaccava all'energia delle parole. Nel legato di parte dei beni si deducevano i debiti, perciocchè i beni non s'intendevano, che *deducto aere alieno*. Nel legato di parte dell'eredità, per lo contrario non venivano dedotti, e rimanevano a carico del legatario, dapoichè l'eredità è un *nomen juris*, che comprende l'emolumento ed i pesi (10).

Tal'era la giurisprudenza romana. Lo ripetiamo ancora: fuori il caso del legato di una parte dell'eredità, l'erede prima di pagare il legato sia di quota, sia particolare, riteneva su' beni tutto quello, che bisognava pel pagamento de'debiti, perocchè egli solo vi era obbligato per la qualità di erede, o è pagava i legati, che dopo di questa deduzione (11). I creditori non avevano azione personale contro de'legatari, neppure di una quota di beni, ma potevano convenire direttamente il solo erede. D'altronde sentiamo Cujacio: « *Cui pars hae-* « *reditatis, legati, aut fideicommissi relin-* « *quitur, ipso jure subjicitur oneribus hae-* « *reditariis, et vice haeredis habetur; nec* « *necessariae sunt stipulationes partis et pro* « *parte; et hoc ita procedit, si universorum* « *rerum pars legetur hoereditatis verbo, hoc* « *modo:* Hereditatis partem do, lego: haereditatem meam partitor cum illo. *Nam ita* « *legatarius vel remedio cautionum, vel ho-* « *die, ipso jure, agnoscet onera haeredita-* « *ria. Quid fiet, si bonorum oppellatione te-* « *stator omnium rerum suorum partes lega-* « *verit hoc modo:* Honorum meorum, quae « erunt, partem do, lego. *Hoc casu deducun-* « *tur onera, priusquam fiat partitio, prius-* « *quam prestetur legatum, sicut fieri solet,* « *in legatis, rerum singularum. Nam legata* « *rerum singularum non praestantur, nisi* « *deductis oneribus*; *eodem modo legatum* « *partis bonorum, nisi deductis oneribus,* « *non praestabitur. Interest ergo bonorum*;

(1) Pothier, *Pand. loc. cit.*
(2) *Tabula quinta.* C. 4. Pothier, *Pand.*, l. 1, p. 107.
(3) Delaurière, *Instit. contratt.*, cap. 4, n° 130.
(4) Tom. XXV, §. 15.
(5) Instit., *De fidecomm. haered.*, §. 7.
(6) Cujacio, comm. sulla l. 8, §. *ult.* D., *De legat.* 2. Furgole, cap. 10 sez. 3, n° 102.
(7) Paolo, l. 39, §. 1, D, *De verb. signif.*
(8) Modestino, l. 9, D., *De leg.* 2. Pothier, *Pand.*, l. 2, p. 267, n° 27.
(9) *De jure delib.*, l. 28, t. 8, n° 27.
(10) Cujacio, *loc. cit.* Delaurière, cap. 4, n° 130.
(11) Instit. *De lege falcidia*, l. 2, t. 22, §. 3.

« *an haereditatis partem testator legaverit.*
« *Haereditatis nomen complectitur commoda*
« *et incommoda, bonorum autem solo com-*
« *moda* (1) ».

Questo sistema, quantunque più conforme alla ragione, aveva nondimeno i suoi inconvenienti, come, dopo Ricard (2), dice il signor Merlin (3); dappoichè non sempre erano noti in tempo della valutazione dell'eredità tutt' i debiti, che aveva lasciato il defunto, e potevano presentarsi più tardi de'creditori, dapprima ignoti. Come determinare in un modo fisso ed invariabile la deduzione da farsi?

E perciò, che si credè di doversi allontanare dal rigor di questi principii nel dritto francese, meno del dritto romano sottoposto all'impero delle sottigliezze ed alla tirannia della forma delle azioni. I nuovi interpreti del dritto romano avevano insinuato, che chiunque succede in una quota doveva essere tenuto dei debiti in proporzione di questa quota, così direttamente, come se fosse erede. Ottomano aveva fatta questa proposizione sulla legge *Aeris alieni*, C., *De donationibus*, ed essa fu bentosto seguita dalla giurisprudenza degli arresti, e particolarmente dal famoso arresto chiamato De Boulards, emesso in forma di regolamento dal Parlamento di Parigi il 14 di Maggio 1562 (4), e che più tardi servì di fondamento all'art. 334 della consuetudine di Parigi, così concepito: « E quando eglino succe-
« dono gli uni a' mobili ed acquisti, gli altri
« a propri, o che siano donatari, o legatarî
« universali, sono tenuti di contribuire a'debiti
« per ogni parte e porzione, che ne prendono. »
Da che divenne certo per tutta la Francia, che il legatario universale poteva essere convenuto direttamente da' creditori (5). »

Il Codice napoleone ha adottato questo sistema di azione diretta. Il legatario universale è tenuto direttamente, e per dare a quest'azione diretta una sanzione piena ed efficace, il Codice vuole che produca un'azione personale, e secondo i casi un'azione ipotecaria. Il legatario è tenuto personalmente per la sua quota e porzione ed ipotecariamente per lo intiero, vale a dire, che lo si può convenire con l'azione personale o con la ipotecaria, se il credito è ipotecario; ch'è quanto dice il nostro articolo. Vedremo più basso, se l'azione personale è solamente *personalis in rem scripta*, ovvero se obbliga il legatario anche *ultra vires* (6).

1839. Ora vediamo ciocchè abbraccia l'azione diretta e personale.

E dapprima conviene fare un'osservazione essenziale, ed è, che considerando il legatario universale in quanto è soggetto a' debiti, può trovarsi in due posizioni diverse: la prima, quando è obbligato di rispondere ad un'azione, direttamente intentata contra di lui da un creditore; la seconda quando fa la divisione de'beni con l'erede riservatario.

Nel caso, in cui è personalmente convenuto, la legge dice, ch'è tenuto per la sua parte e porzione (1009).

Nel caso, in cui si tratta solamente di fare la divisione de'debiti tra'coeredi e concorrenti alla successione, l'art. 871 dice, ch'è tenuto *pro rata* del suo emolumento.

Ciò richiede de' chiarimenti, e per isbrogliare questa materia conviene di prendere la cosa da più alto.

Nel dritto romano i debiti si dividevano di pieno dritto tra gli eredi *pro portionibus haereditariis*, come abbiamo veduto per la Legge delle dodici tavole (7). Si rigettava assolutamente la divisione de'debiti *pro modo emolumenti*: « *Neque aequam, neque usitatam*
« *rem desideras: ut aes alienum patris tui*
« *non pro portionibus haereditariis solvatis*
« *ut et frater cohaeres tuus pro aestimatione*
« *rerum praelegatarum; cum sit explorati ju-*
« *ris, haereditaria onera ad scriptos haere-*
« *des pro portionibus ereditariis, non pro*
« *modo emolumenti pertinere* (8). »

Da questo principio derivava di non aversi riguardo a' prelegati fatti ad un coerede; al valore più o meno grande de'beni che il testatore aveva lasciato all'uno piuttosto che all'altro nella divisione dell'eredità; a'pesi speciali, dei quali l'uno era stato personalmente gravato dal defunto. L'emolumento maggiore di quello dell'altro, che uno de'coeredi ritraeva dalla propria quota, e a considerato come una specie di prelegato o oltre parte, che non era preso in considerazione nel pagamento de' debiti (9).

Per lo contrario nel dritto consuetudinario la contribuzione a'debiti non si faceva tra'coeredi, se non in ragione dell'emolumento, ed affatto per porzioni virili (10); e siccome in qualche modo si erano assimilati i legatarî universali ad una specie di eredi, l'articolo 334 della consuetudine di Parigi non li chiamò a concorrere a'legati, che in proporzione dello emolumento, ch'eglino ritiravano da'loro legati, e non già avuto riguardo alla loro porzione virile (11).

(1) Cujacio, *loc. cit.*
(2) Part. 3, cap. 11, n° 1516.
(3) Repert., v. *Legatario*, §. 7, art. 1, p. 804.
(4) Britton, v. *Debiti*, n° 11.
(5) Coquille, quist. 225. Lebrun, *Delle successioni*, t. 4, cap. 2, sez. 1, n° 3, *in fine*. Ricard., part. 3, n° 1511. Merlin, *loc. cit.* p. 804.
(6) N° 1841.
(7) N° 1838.

(8) L. 1, C., *Si cert. petatur*. Pothier. *Pand.*, t. 2, p. 243, n° 70. Ricard, part. 3, n° 1512. Furgole, cap. 10, sez. 3, n° 109.
(9) Ricard, *loc. cit.*
(10) « Ed allora i debiti si pagano in proporzione di « quello, che ciascuno riceve. » (Loisel, 2, 5, 13: parla delle successioni *ab intestato*).
(11) V. Ricard, Furgole, Lebrun, *loc. cit.*

Digitized by Google

Il Codice napoleone ha adottato questo modo di divisione (1) « Il legatario a titolo universale contribuirà con gli eredi in proporzione del suo emolumento ».

Ma i creditori son obbligati di rispettare questa divisione fatta tra' coeredi o individui concorrenti alla successione?

Lebrun insegnava la negativa secondo le regole dell'antico diritto consuetudinario (2). « Quest'azione personale, egli dice, è sembrata così legittima, che nel caso, in cui gli eredi fanno tra loro una divisione ineguale de'debiti passivi, e che li supportano *pro rata emolumenti*, i creditori chirografari non lasciano di perseguitare ciascuno degli eredi per la sua parte virile senz'avere riguardo alla divisione, che concerne soltanto gli stessi eredi. Tal'è l'avviso di Domoulin sull'art. 81 della consuetudine di Vitry: *Et sic pro rata bonorum, scilicet ut sese ad invicem exonerent; caeterum creditores possunt exigere contra eredes, salvo eorum recursu*: È anche l'avviso di Coquille, e dovrebb'essere così, quando anche la divisione fosse stata fatta e consumata: *Non enim ex persona haeredis conditio obligationis immutatur* (3). »

Il Codice ha seguito questa dottrina, come se ne può esser certo dalla lettura dell'artic. lo 870 (a). Ed è essa comune agli eredi ed a' legatari universali giusta l'art. 1009.

Così per esempio Tizio avendo un patrimonio di 18, 000 franchi, lascia un figlio legittimo ed un legatario universale. Questo legatario universale, è gravato di un peso di 4, 000 franchi a favore di Sempronio. Il testatore lascia 10, 000 franchi di debiti, che sono conosciuti soltanto lungo tempo dopo della sua morte. Il legatario universale ha preso la metà de'beni della successione, ed il figlio legittimo è entrato in possesso dell'altra metà a titolo di riserva. Il creditore della somma di 10,000 franchi dovrà convenire il legatario universale ed il riservatario, ciascuno per la metà. Ed inutilmente il legatario universale direbbe, che il suo emolumento si è trovato diminuito del peso di 4000 franchi di cui abbiamo più sopra parlato, e che dev'essere tenuto *pro rata emolumenti*; gli si risponderebbe vittoriosamente, che l'art. 1009 l'obbliga dirimpetto a'creditori per la sua parte e porzione virile, ch'è la metà.

Vedremo in una maniera più sensibile l'applicazione di questi principî, quando parleremo del legato a titolo universale (4).

1840. Arriviamo al nostro terzo punto, cioè se il legatario universale, che si trova in concorso con un erede riservatario, è tenuto *ultra vires*.

È questa una quistione, che ha diviso gli scrittori profondamente (5).

Benchè sia da tutti ammesso, che sotto l'impero del Codice il legatario universale, che non è in concorso con un riservatario, sia tenuto *ultra vires*, si vuole, che avvenga diversamente, quando vi è un riservatario.

La ragione, che si dà per spiegare questa differenza è, che l'erede chiamato dalla legge alla successione del defunto, lo rappresenta egli solo veramente; e che per lo contrario il legatario, ch'è obbligato di dirigersi all'erede per ottenere il rilascio, non è più, che un successore a'beni, tenuto *ob rem*, e però con facoltà di liberarsi dalle procedure, abbandonando la cosa. Si argomenta non senza forza dall'analogia, ch'esiste tra il legatario, di cui noi parliamo, ed il legatario universale dell'antico dritto consuetudinario, che obbligato di dimandare il rilascio all'erede del sangue, non era, che un erede imperfetto, incompleto, e che perciò non era tenuto de'debiti, che con l'azione *personalis in rem scripta*, e conseguentemente sino alla concorrenza di quello, che avev'avuto (6). Ed in effetti si sa, che nel dritto consuetudinario i legatari universali non potevano pretendere al titolo di erede, che Dio solo ed il sangue potevano dare.

Intanto questa circostanza, che il legatario universale è tenuto di dimandare il rilascio del suo legato in caso di concorso con un erede riservatario, deve avere sotto il codice Napoleone le conseguenze, che se ne vogliono ricavare? Rimarchiamo dapprima, che sotto l'impero della legislazione attuale (7) le parole erede, legatario, non sono in opposizione, come lo erano nel dritto consuetudinario, ove una barriera insormontabile separava l'erede del sangue da quello, che ripeteva la sua chiamata solamente dalla volontà dell'uomo. Non ammettiamo più in Francia, che Iddio solo può fare un erede; la volontà dell'uomo può imitare l'opera di Dio, e può creare un erede nel luogo dell'erede del sangue. E quando vi è un erede riservatario, essa può, dopo di avere la-

(1) Art. 871 del C. Nap. (*)
(2) Lebrun, *loc. cit.*, n. 5.
(3) Paolo, l. 2, §. 2, D., *De verbor. signif.*
(a) Art. 971 delle Leggi civili. *Il trad.*
(4) *Infra*, n° 1857 e seg. V. ancora sulla maniera come il legatario universale dell'usufrutto contribuisce, a' debiti, l'art. 612 del C. Nap. *Aggiungi* Ricard, *loc. cit.*, n. 1533.
(5) Per l'affermativa:
V. Merlin, Repert., v. *Legato*, §. 7, n. 17. Grenier, n. 313. Bayle-Mouillard *su Grenier loc. cit.* Chabot de l'Allier, *Successione* n. 26, sull'art. 873. Vazeille, n. 10, sull'art. 792. Nicias Gaillard, *Rivista critica di Giurisprudenza*, t. 2 (1852), p. 311.
Per la negativa:
V. Favard, v. *Testamento*, sez. 2, §. 2, n. 9. Delvincourt, t. 2, p. 568 e seg. Toullier, t. 5, n. 556. Duranton, t. 7, n. 14. Zachariae, t. 5, §. 723. Coin-Delisle, n. 1, sugli articoli 1003 e 1009.
(6) *Sopra*, n. 1836.
(7) Art. 1002.
(*) Leggi civili art. 972. *Il trad.*

Digitized by Google

ciata intatta la riserva, cumulare sulla testa di un legatario tutto l' *emolumento* presente e futuro della successione. Forse in simile caso il legatario non è un erede utile, per servirmi dell'espressione di Delauriere (1)? E quale differenza essenziale e ragionevole vi è tra lui, che può qualche volta rappresentare il defunto per la maggior parte, e l'erede del sangue, del quale ha potuto il testatore menomare i vantaggi nella latitudine, che la legge gli permetteva? Non sono eglino tutti e due eredi, malgrado la diversità dei loro titoli?

Senza dubbio dall'essere il legatario universale obbligato di domandare il rilascio, risulta, che i creditori del defunto debbono attendere prima di convenirlo, che il legatario sia stato messo in possesso. Ma seguito il rilascio, questi creditori si troveranno dirimpetto al legatario assolutamente coi medesimi dritti, che se fosse stato impossessato di un'altra maniera e sin dai primi istanti. Di talchè importerà poco, che il legatario universale sia o non sia in concorso con un erede legittimo; in tutti i casi sarà come lo stesso erede, sarà un erede utile, un vero successore a titolo universale coi medesimi diritti e sottoposto ai medesimi pesi.

Del resto, lo ripetiamo, non esageriamo il significato della legge, che accorda il possesso all'erede legittimo e lo ricusa al legatario universale. Questa distinzione purameute onorifica, data al riservatario, non può nulla cambiare nel fondo delle cose, nè impedisce, che vi sia un erede testamentario accanto all'erede legale. Si può presso di noi morire *partim testatus, partim intestatus* e per conseguenza si può avere due eredi di differente origine, che vengono insieme l'uno per effetto del testamento, l'altro per effetto della legge, e sarebbe un rientrare nell'esagerazione del dritto consuetudinario il volere, che il solo sangue possa fare un erede.

E se è così, se questi due successori possono concorrentemente aspirare al titolo di erede, ne siegue, che tutti due debbono sopportare i debiti della successione ed essere soggetti a le medesime azioni.

E per accertarcene consultiamo i testi. L'artic. 873 (a) dice, essere l'erede tenuto dei debiti e pesi della successione, « personalmente « per la sua quota e porzione virile ed ipote« cariamente per lo tutto. » L'artic. 1009 dice del pari, che il legatario universale, in concorso con un riservatario, è tenuto « perso« nalmente per la sua parte e porzione virile « ed ipotecariamente per lo tutto. » Questi testi sono decisivi; essi troncano la quistione. Questa stessa espressione « personalmente » adoprata relativamente all'erede ed al legatario, indica bene, essere eglino considerati l'uno e l'altro come messi in una condizione uguale pel pagamento dei debiti; che l'uno e l'altro sono tenuti dei debiti e pesi della successione proporzionalmente a quello, che raccolgono, e che sono tenuti ciascuno personalmente per la propria parte e porzione.

Così l'erede riservatario, che avrà un quarto, sarà obbligato personalmente di soddisfare il quarto di tutti i debiti, ed il legatario universale dovrà soddisfare personalmente i tre quarti. La parola « personalmente » ha una energia, che rovescia tutte le obbiezioni. Dichiara, che i debiti si attaccano alla persona, *sicut lepra cuti*; che essi sieguono il debitore insino a che non abbia tutto pagato e che nè l'erede nè il legatario universale può sfuggire all'obbligazione dei debiti per l'abbandono, della cosa; l'obbligazione personale, malgrado quest'abbandono, persisterebbe sempre, sinchè resterebbe qualche cosa da pagarsi.

Queste ragioni sono state sviluppate con molta autorità da un arresto della camera civile della corte di cassazione, renduto il 13 di agosto 1851 (2) sulle conclusioni fortemente motivate del primo avvocato generale signor Nicias-Gaillard. Questo arresto ci sembra di avere fissata la giurisprudenza nel senso reclamato dalla ragione, dalla buona fede, e dai principî del dritto di successione, sanamente intesi.

È sempre facile al legatario universale di premunirsi per mezzo del benefizio dell'inventario; ma quando confonde i beni dell'eredità co' proprî, non può dolersi, che di sè stesso, se l'azione personale produce pel suo proprio fatto tutte le sue rigorose conseguenze.

1841. L'azione personale non è la sola, per la quale sono tenuti i legatarî universali, ma possono essere convenuti con l'azione ipotecaria, se i creditori hanno un'ipoteca. E sono tenuti per lo intiero, perocchè l'ipoteca è indivisibile, *tota in toto et in qualibet parte*; si estende su tutt'i beni, che il defunto ha lasciato in tempo della sua morte, e siegue il possessore de' fondi, a qualunque titolo possegga (3).

1842. Ora esaminiamo come il legatario universale è tenuto del pagamento de' legati.

Si comprende sin dal prim' istante, che il pagamento de' legati, quando vi sono un erede riservatario ed un legatario universale, non può riguardare di veruna maniera l'erede del sangue, ridotto alla sua riserva, perocchè i legati non possono mai attentare alla quota indisponibile.

D'altronde vi è su questo punto una grandissima differenza tra il pagamento de' legati e quello de' debiti.

(a) Art. 791 delle Leggi civili. *Il trad.*
(1) *Instit. cout.* cap. 5, n. 133.

(2) Devill., 51, 1, 657. Dalloz, 51, 1, 281. *Palazzo*, 1851, 1, 481.
(3) Furgole, cap. 20, sez. 3, n. 133.

I debiti affettano tutta la successione e diminuiscono benanche la porzione indisponibile.

I legati per lo contrario non possono essere presi, che sulla porzione disponibile, ed in verun caso possono intaccare la riserva.

Adunque l'erede riservatario contribuisce ai debiti.

Ma non può contribuire al pagamento dei legati, dapoichè tale prestazione spetta per intiera a colui, ch'è impossessato della totalità della porzione disponibile. Ed ecco perchè il nostro articolo dice, che il legatario universale deve pagare tutt'i legati, salvo la riduzione, che questi legati avranno da sopportare per la formazione della riserva.

In questo caso, come qui sopra abbiamo veduto (1), il Codice non fa distinzione tra'legati, e li considera come tutti uguali, e solamente quando la legittima è fornita nella sua totalità, allora solo si stabilisce una gerarchia tra'legati, ed il legatario universale resta gravato del peso de'legati particolari.

1843 La legge dice, che il legatario universale deve pagare « tutt'i legati ». Queste espressioni sono state adoprate per fare ben comprendere, che i legati sono dovuti per intiero, anche quando eccedessero l'emolumento della successione. Era diversamente nel dritto anteriore giustinianeo (2). Ma questo principe cambiò tale stato di cose con lo stabilire il beneficio dell'inventario; però volle, che lo erede, che non facesse inventario, fosse tenuto di tutti i legati, anche quando eccedessero le forze della successione (3).

Dev'essere lo stesso nel nostro dritto, e quello, che abbiamo detto dell'obbligazione dell'erede di pagare i debiti, deve applicarsi del pari al pagamento de'legati (4).

1844. L'obbligazione di pagare i legati, e di pagarli tutti, esclude, come si vede, il dritto di ritenere la quarta falcidia in uso nei paesi di dritto scritto, e della quale cade a proposito di dire una parola.

Secondo la legge delle Dodici Tavole un padre aveva il dritto di fare de' legati a sua volontà. Ma non si tardò a comprendere, che sebbene la generosità sia una virtù degna di elogi, era necessario di porre de'limiti a delle liberalità dissolute, ch'esaurivano il patrimonio della successione a tal punto, che l'erede, trovandosi privo di ogni emolumento, ripudiava, onde non caricarsi di un peso senza nessun profitto. Così si emisero in epoche diverse le leggi *Furia* e *Voconia*, che limitarono il dritto di disporre, ma riputate queste leggi insufficienti (5), fu mestieri, che si emanasse da ultimo la famosa legge falcidia, con la quale viene vietato ad ogni testatore di legare al di là de'tre quarti della sua successione; epperò quando, si fosse legato al di là, l'erede potrebbe ritenere su'legati quello, che gli fosse necessario per conservare il quarto della successione (6).

La legge falcidia, come dice Voet (7), ebbe per principale vantaggio d'impedire, che le volontà del defunto rimanessero senza effetto; il che era presso i Romani una considerazione del più grave interesse, essi ch'erano così gelosi della prerogativa di testare! È vero, che limitavasi la pienezza del dritto conferito dalla legge delle dodici tavole, ma questa restrizione era necessaria per non rendere illusorio il potere di testare, e non è affatto nuovo in giurisprudenza, che si limiti un dritto in qualche cosa per assicurare il suo effetto in tutto il resto.

Bisognava dunque, che si riserbasse all'erede istituito il quarto della successione, senza di che potea detrarre da ciascun legato quanto occorrev'a completarlo. Si presumeva, che colui, che istituiva un erede, lo preferisse a de'semplici legatari.

Per fissare il valore del patrimonio si cominciava dal dedurre i debiti, le spese funerarie, il prezzo degli schiavi affrancati, e le spese fatte per accettare l'eredità.

S'imputava nel quarto tutto ciò, che l'erede istituito aveva ricevuto a titolo d'istituzione. La ritenuta colpiva i legati, i fedecommessi particolari, le donazioni a causa di morte e quelle tra marito e moglie; le donazioni tra vivi ne erano affrancate.

Nulladimeno vi erano più casi, ne'quali non aveva luogo: 1. sul legato della dote fatto alla moglie; 2. ne' testamenti militari; 3. su' legati per cause pie; 4. se il testamento vietava espressamente di ritenere la quarta; 5. se lo

(1) V. n. 1015 sull'art. 926.

(2) Doneau espone così le ragioni di quest'antica giurisprudenza secondo la legge 1, §. 17, D., *Ad s. consultum Trebellianum*.

« *Sed inter modum hujus praestationis et modum aeris alieni hoc interest, quod obligatur haeres aeri alieno, etsi haereditas solvendo non sit. Legati autem aut fideicommissi nomine non tenetur ultra, quam quod eum ex haereditate pervenit. Differentiae ratio est quod haeres succedit in locum defuncti. Itaque quod defuncti onus fuit, id ipsum et haeres in se suscipit. Defunctus non debuit legata. Ipse est qui his voluntate sua haeredem obstrinxit, non se. Quapropter quod hic debeat haeres, non est ex persona et jure defuncti, sed ex voluntate ejus aestimandum. Atqui intelligitur defunctus hactenus voluisse obligare, atque adeo hactenus obligare potest vel haeredem, vel alium, quatenus in eum contulit. Quod amplius est, inutiliter relinquitur.* » (*Comment.*, l. 7, c. 11, n. 11).

(3) Nov. 1. Auth. *Sed cum test.*, C. *Ad leg. falcid.* Doneau, *loc. cit.*, n. 14.

(4) Grenier, n. 313.

(5) Caius, *comm.* 2, §§. 224 *et seq.* Instit., *De leg. falcid.*, *in principio*.

(6) Voet. *Ad leg. falcid.* n. 2. Eineccio, *Instit.*, l. 2, t. 22, §§. 648 e seg. Pothier, *Pand.*, t. 2, p. 498, n. 1.

(7) Voet, *loc. cit.* n. 3.

erede non aveva fatto inventario. Prima di Giustiniano l'erede non era tenuto de' legati indefinitamente, poichè in tutt' i casi poteva ritenere la quarta falcidia. Ma dopo l'introduzione del benefizio dell'inventario, Giustiniano volle, che coloro, che negligessero questo salutare rimedio, fossero privati del benefizio della falcidia, e che fossero tenuti de' legati anche al di là delle forze ereditarie (1).

1845. La falcidia non era riconosciuta nei paesi di consuetudine (2); essa era stata stabilita a favore degli eredi testamentari così favoriti nel dritto romano, e si sa, che il dritto consuetudinario non riconosceva, che degli eredi *ab intestato*, essendo assimilati a dei semplici legati tutte le instituzioni di erede (3).

Ma la legge falcidia era praticata ne' paesi di dritto scritto, e l'erede istituito, che aveva fatto inventario, ne aveva il benefizio (4).

Il Codice ha discaricato il dritto di questa complicazione; esso non aveva le alte ragioni del dritto romano per favorire gli eredi testamentari. Se il legatario universale trova, che l'eredità è troppo gravata, non deve far altro, che ripudiarla, nè noi troviamo indecorosa la morte *ab intestato* di un padre di famiglia.

SEZIONE V.

DEL LEGATO A TITOLO UNIVERSALE.

Articolo 1010 — (964)

Il legato a titolo universale è quello, per lo quale il testatore lega una quota de'suoi beni, di cui la legge gli permette di disporre, come una metà, un terzo, oppure tutt'i suoi immobili o tutti i suoi mobili, o una quota fissa di tutt'i suoi immobili o di tutt'i suoi mobili.

Ogni altro legato non forma, che una disposizione a titolo particolare (a).

SOMMARIO

1846. Carattere del legato a titolo universale.
1847. In che differisce dal legato universale.— Rinvio.
1848. Il legato di usufrutto di tutt' i beni è un legato a titolo universale.
1849. Differenza tra il legato a titolo universale ed il legato particolare. — Esempi.
1850. Senso delle parole *mobili*, *mobiliare*, *beni mobili* adoperate ne' testamenti.
1851. La quistione di estensione del legato è pel più sovente una quistione di fatto.

COMENTARIO

1846. Il legato a titolo universale, di cui abbiamo di già (5) fatto conoscere i caratteri, differisce dal legato universale in quantochè non può versare, che, su di una quota di beni, di cui è permesso al testatore di disporre, come una metà, un terzo, un quarto ec., o sopra una specie di beni in generale, come tutti gl' immobili o tutto il mobiliare, o una quota di tutti gl'immobili o di tutto il mobiliare.

Differisce dal legato particolare, come lo vedremo (6), in quantochè questo non può versarsi, che sopra beni determinati.

Per lo che la difficoltà di questa materia consiste nel sapere distinguere il legato a titolo universale sia dal legato universale sia dal legato particolare.

1847. In quanto concerne le differenze, che esistono tra il legato universale ed il legato a titolo universale, i principii, che abbiamo esposti nel comentario dell'articolo 1003, e gli esempi, che abbiamo dato, hanno di già messo sulla via della distinzione. Ci limitiamo a rinviarvi (7).

1848. Noa spettanto diciamo una parola di una quistione, che abbiamo lasciato da parte (8).

Il legato di usufrutto di tutti i beni non è, che un legato a titolo universale. Ed in effetti il legatario di tal legato non ha, che un dritto limitato ad una natura di beni. Come rappresenterebb' egli il defunto *in universum jus*, egli, a cui manca il dritto più essenziale, e che non è proprietario? Il diritto universale non riposa sulla sua testa, e tosto o tardi verrà a

(1) L. *ultim.* §. 14, C., *Ad leg. falcid.* Novell. 1, cap. 2, §. 2. Voet, *De jur. delib.*, n. 27. Einnecio, *Instit.*, l. 2, t. 22, §. cit. Pothier, *Pand.*, t. 2, *loc. sopra cit.*

(2) Furgole, cap. 10, sez. 3, n. 28.

(3) *Sopra*, n. 1435.

(4) Furgole, cap. 7, 1, 61, e cap. 10, 3, 28.

(a) Quest'articolo corrisponde all'art. 964 delle Leggi civili, e vi è uniforme. *Il trad.*

(5) Ni 1766, e seg.

(6) *Infra*, sull'art. 1014.

(7) Ni 1768, 1785 e seg.

(8) N. 1789.

consolidarsi sulla testa del nudo proprietario e nelle sue mani l' usufrutto con la nuda proprietà (1).

1849. Veniamo ora alle differenze, che si fanno rimarcare tra il legato a titolo universale e il legato particolare.

Su questo punto le difficoltà non si presenteranno, quando vi sarà quistione di un legato di quota, ma bensì quando il legato verserà sugli immobili e su'mobili.

Così si è dimandato a sè stesso, se il legato di tutti i mobili, che si trovano in una cosa determinata (2), o di tutti i beni mobili ed immobili, che il testatore possiede in un tale paese (3) sia un legato a titolo universale. Sebbene questi legati siano concepiti in termini generali, nulladimeno non sono, che de' legati particolari, e basta pesare i termini del nostro articolo per convincersi, che questa specie di legati non potrebbe entrare nella definizione de' legati a titolo universale. Ed in effetti non si compongono nè di una quota parte della successione, nè della totalità degli immobili, nè della totalità de'mobili, nè di una quota parte della totalità degl' immobili o dei mobili. Sono dunque de'legati particolari (4).

1850. Si sa, che giusta gli articoli 533 e 535 del Cod. Napoleone (a) la parola « mobile » ha un senso meno largo della parola «mobiliare» o dell'espressione « beni mobili » ; da che siegue, che in tutti i casi nei quali il testatore avrà adoperato la parola « mobili » nel senso ristretto, che gli dà l'art. 533, il legato sarà a titolo particolare (5).

Ma sovente avviene, che i testatori non parlano il linguaggio preciso della legge, e che il loro pensiero va al di là della loro espressione. Il perchè può darsi, che la parola *mobili* si trovi nel legato con delle circostanze, che facciano supporre, avere voluto donare il testatore tutt' i suoi mobili senza eccesione. Allora non si esiterà a decidere, (6) essere il legato a titolo universale, come per esempio quando il testatore ha detto: « Lego tutti i mobili, « che posseggo, o che lascerò in tempo della « mia morte ».

È evidente, che con questa formola il testatore ha voluto legare tutto il suo mobiliare, e che ha fatto non già un legato particolare, ma un legato a titolo universale.

Viceversa la parola « mobiliare » malgrado la definizione dell'art. 535 può essere adoprata dal testatore con una significazione ristretta, che non abbraccia tutt' i mobili, ad allora il legato non è più, che un legato particolare (7).

1851. Ordinariamente la quistione dell' estensione del legato si presenta, quando il testatore ha fatto seguire la parola «mobiliare» o le parole « beni mobili » d'un'enumerazione. Talvolta l' enumerazione può essere considerata come ristrettiva, ed allora l'estensione del legato si trova diminuita(8); talvolta viene considerata secondo le circostanze come semplicemente enunciativa, ed allora il legato sussiste con un carattere di legato a titolo universale (9).

ARTICOLO 1011 — (965)

I legatarii a titolo universale saranno tenuti di dimandare il rilascio agli eredi,a'quali è riserbata dalla legge una quota di beni, in loro mancanza a'legatarii universali; ed in mancanza di costoro agli eredi chiamati nell'ordine stabilito nel titolo *delle successioni* (b).

SOMMARIO

1852. Il legatario a titolo universale è sempre soggetto alla dimanda di rilascio.
1853. Anche verso i successori irregolari.
1854. Anche nel caso, in cui la successione è vacante.
1855. Il legatario a titolo universale non ha dritto ai frutti, che a contare dal giorno della dimanda.
1856. Tranne che il testatore non abbia diversamente ordinato.

(1) Cassaz., rig., 4 fruttid., an. XIII. (Devill , 2, 1, 135). Cassaz. 7 agosto 1827 (Devill., 8. 1, 66?). Cassaz. (Cam. civ.) 28 agosto 1827 (Devill., 8, 1, 678). *Aggiungi* Proudhon, *L'usufrutto*, t. 1, n. 475. Duranton, t. 9, n. 189. Coin-Delisle, n. 11, sull'art. 1003.

(2) Torino 24 marzo 1806 (Devill. 2, 2, 127). Pau, 26 giugno 1824. (Devill. 7, 2, 391).

(3) Cassaz., rig., arresto di Caen, 10 giugno 1835. (Devill. 35, 1, 45).

(4) Lebrun, *Delle successioni*, l. 4, cap. 2, sez. 2, n. 44 Chabot, *Successioni* sull'art. 871. Grenier, n.288. Coin Delisle, n. 14, sull'art. 1003.

(a) Articoli 458 e 460 delle Leggi civili. *Il trad.*

(5) Rouen, 21 febb. 1812 (Devill. 42, 2, 262).

(6) Bruxelles, 9 marzo 1813(Devill., 4, 2, 270). Poitiers, 21 giugno 1825 (Devill., 8, 2, 148).

(7) Bordeaux, 2 agosto 1834. Cassaz., rig., del ricorso, 3 marzo 1836. (Devill., 36, 1, 759).

(8) Arg. d'un arresto di Bordeaux, 6 agosto 1834. (Devill., 35, 2, 61).

(9) Bourges, 9 maggio 1848. Devill., 48, 2, 586).

(b) Corrisponde a quest'articolo, ed è uniforme l'art. 965 delle Leggi civili. *Il trad.*

Digitized by Google

COMENTARIO

1852. L'obbligazione di domandare il rilascio, che viene imposto al legatario universale, solamente quando è in concorrenza con gli eredi riservatari, è molto più estesa relativamente al legatario a titolo universale. Questo ultimo non è mai impossessato; e sia che vi abbiano degli eredi riservatari, sia che non ve n'abbiano; sia ch'esiste un erede testamentario, o che non esiste, è sempre sottoposto a dimandare il rilascio, e deve dimandarlo a colui, ch'è impossessato secondo le regole del dritto comune sulla devoluzione de' beni dopo la morte.

1853. Vi è dippiù: anche quando mancano i successori regolari, e vi sono soltanto successori irregolari, anche a costoro il legatario deve dimandare il rilascio;

Epperò dovrà dirigersi o al figlio naturale, o al coniuge, o anche allo Stato, quando questi successori sono stat'immessi in possesso.

1854. Che se niuno si presenta, o che non vi sia ancora niuno in possesso, il legatario a titolo universale dovrà dirigere allora la sua dimanda di rilascio contro un curatore alla successione vacante (1).

1855. Alla quistione del rilascio si lega naturalmente la quistione de'frutti; laonde esaminiamo da qual momento il legatario a titolo universale ha dritto a' frutti. Forse dal giorno del rilascio conformemente a'principi del dritto comune, d'onde l'art. 1014 estende la disposizione al legatario particolare? Ovvero bisogna applicargli il beneficio accordato dall'art. 1005 al legatario universale?

Questa quistione è controversa.

Nulladimeno ci sembra essere di facile soluzione per le ragioni, che sieguono.

Nella redazione primitiva del titolo, che ci occupa, gli autori del Codice avevano adottato il sistema seguito ne' paesi di dritto consuetudinario, ed avevano voluto, che tutti i legatari senza distinzione (2) (art. 85 del progetto) fossero tenuti di dimandare il rilascio; nè i frutti dovevano loro appartenere, sempre secondo i principii del dritto consuetudinario, che a datare dal giorno della dimanda. Quando la discussione s'impegnò nel Consiglio di Stato su questa disposizione, i partigiani del dritto romano, che si osservava ne'paesi di dritto scritto, elevarono la voce in favore del sistema, ch'esonerava gli eredi istituiti dall' obbligazione di domandare il rilascio. Fu allora, che il sig. di Cambacerès (3) avendo proposto una transazione tra'due sistemi, fu deciso, che una eccezione alla regola consuetudinaria sarebbe fatta a favore del legatario universale; che quest'ultimo obbligato di dimandare il rilascio ogni volta, che vi fosse un erede riservatario, ne sarebbe dispensato, quando non vi fosse un legittimario (4). D'onde l'art. 1005 del Cod. Napoleone(a), che decide, che il legatario universale, sebbene sottoposto a domandare il rilascio nel caso sopradetto, fa suoi i frutti dal giorno dell' apertura della successione a condizione, che la sua dimanda fosse intentata nell'anno.

Ma poichè questo articolo non parla, che del legatario universale, poichè solamente a favore del legatario universale ha derogato al primitivo pensiero del progetto, come sarebbe possibile di estendere la sua disposizione al legatario a titolo universale, la cui sorte è regolata da una sezione differente? Evidentemente il legatario a titolo universale è restato sotto l'influenza dell'idea originaria, che aveva preseduta alla redazione del titolo. E tantopiù deve essere così, che secondo i principi generali i frutti non sono dovuti, che a contare dal giorno della dimanda, e vedremo questo punto di dritto proclamato di una maniera speciale dall' art. 1014 (b) in quello, che concerne il legatario particolare. È vero che il codice ha omesso di pronunziarsi nella sezione del legatario a titolo universale sulla quistione dei frutti, mentre contiene dei testi precisi relativamente al legatario particolare ed al legatario universale. Ma nel silenzio della legge resta il dritto comune, che è contrario al legatario a titolo universale. S'è vero, che il legatario a titolo universale sia paragonabile al legatario universale per la contribuzione ai debiti, da un'altra parte è assimilato al legatario particolare per dimandare il rilascio (5), e di rilascio soprattutto qui si tratta. Epperò non deve sembrare straordinario, che subisca le condizioni imposte a quest' ultimo. D' altronde, lo ripetiamo, il dritto comune tronca positivamente la quistione. Sappiamo che questa opinione è combattuta dalla più parte degli autori, ma si fonda su di un arresto della corte di Bourges del 1 di marzo 1821 (6), che ci sembra meritare l' attenzione dei giureconsulti.

1856. Tale è dunque il principio, che do-

(1) Toullier, t. V, n. 550. Duranton, t. IX, n. 209. Coin-Delisle, n. 8, sull'art. 1011.
(2) Fenet, t. 12.
(3) *Sopra*, n. 1767.
(4) Fenet, t. 12, p.
(a) Art. 931 delle Leggi civili. *Il trad.*
(b) Art. 968 delle Leggi civili. *Il trad.*

(5) Bigot de Préameneu sull'art. 85 del progetto, (Fenet, t. 12, p. 389).
(6) Bourges, 1 marzo 1821, (Devill. 6, 2, 733). *Aggiungi* Coin-Delisle, n. 8 e seg. sull'art. 1815. Dalloz, *Dispos. tra vivi e Testam.*, p. 89, n. 12. Marcadè, t. 4, n' 102 e 103.

Digitized by Google

mina la materia; nulladimeno p'ega ogni volta, che il testatore ha espresso una volontà contraria (1). Una tale volontà si trova forse espressa implicitamente ma necessariamente io un legato di usufrutto della totalità o di una quota di beni?

Questa è una quistione, che esamineremo nel commentario dell articolo 1015 (2).

Articolo 1012 — (966)

Il legatario a titolo universale sarà tenuto, come il legatario universale, de' debiti e pesi della successione del testatore, personalmente per la sua quota e porzione, ed ipotecariamente per lo intiero (a).

SOMMARIO

1857. Dell' assimilazione del legatario a titolo universale al legatario universale circa il pagamento dei debiti.
1858. Della divisione de' debiti tra gli eredi o collegatari ed il legatario a titolo universale.
1859. Del calcolo da farsi per la divisione de' debiti, quando il legatario a titolo universale è legatario di una specie di beni.
1860. Come contribuisce al pagamento de' debiti il legatario dell'universalità dell'usufrutto?
1861. Continuazione.
1862. Dell'azione ipotecaria.
1863. Del pagamento de' legati.

COMMENTARIO

1857. Non ripeteremo quello, che abbiamo detto (3) sulla divisione dei debiti tra gl' individui, che prendono parte alla successione, e sulla maniera come sono tenuti verso i creditori. I principi, che applicano al legatario universale, s'applicano egualmente al legatario a titolo universale.

Così relativamente ai creditori il legatario a titolo universale è tenuto personalmente per la sua quota e porzione, ed anche *ultra vires*, come il legatario universale in concorso con un legittimario. E come potrebbe essere diversamente pel legatario a titolo universale, se l' art. 1012, che lo concerne, è concepito nei medesimi termini dell' art. 1009, che si applica al legatario universale in concorso con un riservatario, e quando d' altronde le ragioni di decidere sono identiche, salvo a serbare nella misura dei pesi la proporzione, che il testatore ha stabilito nell' attribuzione dei suoi beni? (4) Del resto la corte di cassazione ha riconosciuto questo come costante col suo arresto dei 13 di agosto 1851, che più sopra abbiamo citato (5). È vero, che nella specie di questo arresto trattavasi soltanto di un legato universale, ma la corte volendo abbracciare tutti i casi, ha sviluppato una dottrina più larga dei fatti della causa, ed ha assimilato il legatario a titolo universale al legatario universale in quanto all' obbligazione di pagare i debiti *ultra vires*.

1858 Quando si tratta di una divisione di debiti tra gli eredi o collegatari ed il legatario a titolo universale, si siegue una regola differente da quella, ch' è seguita relativamente ai creditori. Il legatario a titolo universale è tenuto *pro rata* del suo emolumento.

Abbiamo veduto la differenza, ch'esiste tra queste due obbligazioni (6). Un esempio la farà comprendere meglio.

Tizio lascia due fratelli. Egli leg' a Paolo il terzo di tutt'i suoi beni, ma lo grava di dare 10, 000 franchi a Cajo. Nel morire lascia 60, 000 franchi.

La parte virile di ciascuno de' fratelli è del terzo, quello di Paolo egualmente del terzo. I creditori della successione avendo a ricuperare una somma di 10000 franchi (b), potranno astringere i due fratelli eredi *ab intestato* e Paolo, ciascuno per 3, 000 franchi, ch' è il terzo della loro porzione virile.

Nulladimeno Paolo non deve contribuire ai debiti co'due Fratelli, che pel quinto della successione, quant' è l'emolumento, che ritira dal suo legato.

Epperò nel rapporto de'creditori dovrà cor-

(1) Argomento dell'art. 1015.
(2) *Infra*, n° 1904, e 1912.
(a) Uniforme a quest'art. è l'art. 966 delle Leggi civili. *Il trad.*
(3) N° 1839 e seg.
(4) N. 1841.
(5) N. 1840.
(6) N. 1840.
(b) Il testo dice 9000 franchi, ma è evidente, che per stabilire il calcolo esatto, bisogna ritenere i debiti in 10, 000 franchi. Così la successione netta rimane a 50, 000 franchi, e l'emolumento di Paolo ad un quinto. Osservate, che se la proporzione si stabilisce sulla successione lorda, la contribuzione riviene allo stesso, perchè sebbene l'emolumento di Paolo si riduce ad un sesto, e le quote de' due fratelli a due sesti per ciascuno, il che forma cinque sesti da' debiti, pure dovendosi ripartire il rimanente sesto, ch'è la quota di 10, 000 franchi legati a Cajo, nella stessa proporzione degli emolumenti, ne avviene dover essere addebitato a Paolo per un quinto, e per due quinti a ciascuno de' due fratelli. Ed addizionata le due quantità, Paolo contribuirà ne' debiti per 2000 franchi, che sono il quinto del loro intiero ammontare. *Il traduttore.*

Digitized by Google

rispondere per la sua parte virile, ma gli eredi dovranno indennizzarlo di tutto ciò, che paga al di là del suo emolumento, ed avrà per questo un regresso contra di questi ultimi (1).

1859. Quando invece di una quota fissa il legatario a titolo universale è chiamato al legato di una specie di beni, come di tutti gli immobili, o di tutto il mobiliare, o di una quota degl' immobili o del mobiliare, bisogna per fissare la parte del legatario a titolo universale estimare tutt'i beni, e fare il paragone del valore degl'immobili con quello di mobili, indi si fa un estimo. E siccome questa è una operazione molesta, un autore (2) ha pensato, che i creditori non dovevano occuparsene, e che bastava per essi di convenire gli eredi riservatari per la totalità, salvo il regresso di costoro contro i legatari. Questo è un errore, perchè gli eredi sono tenuti personalmente per la loro quota e porzione virile. I creditori non possono convenirli al di là, ma hanno solamente il dritto di provocare quest' estimo tra gli eredi ed i legatari, senz' essere in veruna caso dispensati dalla divisione (3).

1860. Abbiamo veduto, che il legato della universalità dell' usufrutto è un legato a titolo universale. Ne risulta, che il legatario di un tal legato dovrà contribuire al pagamento dei debiti della successione (4); ma come si calcolerà codesta contribuzione?

Era questo un punto molto controverso nell'antica giurisprudenza e che secondo Ricard aveva tormentati gli autori (5). Ma l'art. 612 del Cod. Napoleone l' ha simplificato. « Si « estima, dice quest' articolo, il valore del « fondo soggetto all' usufrutto; si fissa poi la « contribuzione a' debiti in ragione di questo « valore. Se l'usufruttuario vuole anticipare la « somma, per la quale il fondo deve contribuire, gliene viene restituito il capitale al « termine dell' usufrutto senz' alcun interesse. « Se l'usufruttuario non vuol fare quest'anticipazione, il proprietario ha la scelta o di « pagare questa somma, ed in tal caso l'usufruttuario gli tien conto degl' interessi, « pendente la durata dell' usufrutto, o di fare « vendere sino alla debita concorrenza una « porzione de'beni soggetti all' usufrutto ».

1861. Quest' obbligazione, nella quale si trova l' usufruttuario, di anticipare la somma necessaria per pagare i debiti, o di lasciare vendere sino alla debita concorrenza una porzione dei beni sottoposti all' usufrutto, o di pagare gl' interessi delle somme anticipate dal nudo proprietario per lo pagamento dei debiti, non potrebbe essere arbitrariamente modificata dai giudici secondo le circostanze della causa. Il perchè con ragione la corte di Riom (6) ha annullato una sentenza del tribunale di s. Flour, che dopo l' estimazione dell' usufrutto aveva creduto di potere fissare ad un quinto il pagamento dei debiti della successione a peso dell' usufruttuario. Del pari un arresto della corte di Bordeaux (7) ha annullato una sentenza del tribunale di Libourne, che veduta la grave età dell' usufruttuario, aveva preso sopra di se di fissare ad una somma determinata la quantità da pagarsi dall' usufruttuario nei debiti, e di esonerarlo dagl'interessi delle somme anticipate dal nudo proprietario pel pagamento dei detti debiti.

1862. In quanto all' azione ipotecaria, con la quale il nostro articolo astringe il legatario a titolo universale, non abbiamo nulla da aggiungere a quello, che precedentemente abbiamo detto (8) sul diritti dei creditori ipotecari, dapoichè avviene del legatario a titolo universale come del legatario universale.

1863. Il legatario a titolo universale è tenuto non solamente al pagamento dei debiti ma ancora al pagamento dei legati. Ed in effetti i legati sono dei pesi, che gravano la successione. D' onde siegue, che il legatario a titolo universale in concorrenza con un legatario universale deve contribuire per la sua parte o porzione al pagamento dei legati (9). L' articolo seguente si occupa del come il legatario a titolo universale deve contribuire al pagamento dei legati, quando concorre con un erede riservatario.

Articolo 1013 — (967)

Quando il testatore non avrà disposto, che di una quota della porzione disponibile, e l' avrà fatto a titolo universale, questo legatario sarà tenuto di soddisfare i legati particolari per contributo con gli eredi naturali (a).

(1) Toullier, t. 4, n° 518 e seg.
(2) Duranton, t. 9, n° 213 o 214.
(3) Vazeille, n. 5, sull'art. 1012.
(4) Vonuleius, l. 43, D., *De usu et usuf. legat.*
(5) Ricard, part. 3, n. 1533.
(6) 12 febb. 1830. (Devill., 9, 2, 398).
(7) 1° marzo 1838. (Devill., 38, 2, 256). *Aggiungi* Proudhon, *Dell'usufrutto*, t. 4, n. 1894.
(8) N. 1838.
(9) Toullier, t. 5, n. 558, *in fine*. Grenier, n. 520.
(a) Corrisponde a quest'articolo l'art. 967 delle leggi civili. *Il trad.*

SOMMARIO

COMENTARIO

1864. L'articolo 1013 sottopone il legatario a titolo universale a contribuire al pagamento dei legati insieme con l' erede naturale. Si avrebbe potuto pensare, che l' erede naturale, che rappresenta il defunto, e che ha il possesso dei suoi beni, è gravato di pagare i legati con l' emolumento, che trova nella successione, quando questo emolumento eccede la riserva, ma il nostro articolo vuole, che pei legati come pei debiti il legatario a titolo universale, che ha dritto ad una porzione dell'universalità, sopporti una contribuzione.

1865. Nulladimeno questo principio cessa di ricevere la sua applicazione nel caso, in cui il testatore ha manifestato una volontà contraria. Così quando il legatario a titolo universale, invece di essere gratificato di una quota della successione, è gratificato con una specie di beni (come tutto il mobiliare o tutti gl' immobili) e che il testatore ha disposto di un obbietto compreso nella quota attribuita al legatario a titolo universale, è evidente, aver egli manifestata l'intenzione di privare il legatario a titolo universale di questo obbietto, e di diminuire il suo legato a profitto del legatario particolare (1).

1866. Codesta intenzione si rattrova forse nella specie seguente? Pietro ha legato tutto il suo mobiliare a Primo, ed ha fatto inoltre un legato particolare di 5000 franchi a Secondo. Siccome la parola « mobiliare » presa nel suo senso legale, abbraccia il denaro, si dimanda, se Primo è tenuto di pagare egli solo questo legato di 5000 franchi per delibazione del suo legato a titolo universale, ovvero se l' erede del sangue vi deve contribuire. Questa quistione può dipendere dalle circostanze. Nonpertanto esaminandola sotto l' aspetto generale, non penso, che si debba risolverla a favore dell' erede del sangue, che pretendesse di fare ricadere sul legatario a titolo universale tutto il peso di questo legato particolare. Quando il testatore ha legato di una maniera generale una somma di 5,000 franchi, questi 5,000 franchi sono da prendersi nella sua successione tutta intiera, il che è ben differente del caso, in cui si fossero legati 5000 franchi da prendersi presso un tale notajo o racchiusi in un tale portafoglio. In questo ultimo caso il legatario del mobiliare dovrebbe evidentemente pagare solo il legato di 5000 franchi. Ma nell' altra ipotesi deve contribuirvi la successione tutta intiera in conformità del nostro articolo (2).

1867. Come l' intenzione del testatore può esonerare l' erede naturale dal contribuire ai legati particolari, così può fare gravare tutto il peso dei legati sull' erede naturale. Supponiamo, che il testatore avesse fatto un legato a titolo universale del mobiliare, poi un legato particolare d' un immobile; i suoi eredi naturali non avrebbero ragione di pretendere, che il legatario del mobiliare dovesse contribuire al pagamento del legato dell' immobile. La volontà del testatore indica chiaramente, che questo legato dell' immobile è un peso specialmente imposto a coloro, che raccolgono gl'immobili della successione (3).

1868. Per un' altra conseguenza dovrà avvenire secondo i diversi casi, che il legatario a titolo universale talvolta potrà profittare della caducità dei legati particolari in tutto o in parte, e talvolta non avere verun diritto a pretendervi (4).

Ed in effetti s' è gravato di pagare egli solo i legati, come nella specie stabilita nell' articolo 1865, la giustizia e la ragione vogliono, che solo profitti della caducità del legato, che doveva essere preso sulla sua quota. Questo legato non dovendo essere nel pensiero del testatore, che una delibazione dei beni compresi nel legato a titolo universale, è un conformarsi a questa stessa volontà il farlo rientrare in caso di caducità nell' universalità, da cui doveva uscire.

Se per lo contrario il legato è per la totalità

(1) *Infra*, ni 1921 e 1922.
(2) Delvincourt, t. 2, p. 356. Toullier, t. 5, n. 559. Vazeille, n. 3, sull'art. 1013.
(3) Bruxelles, 25 nov. 1811. (Devill., 3, 2, 581).
(4) Toullier, t. 5, n. 632.

a carico dell'erede naturale, è chiaro, che la caducità profitta solo a questo ultimo, e per nulla al legatario a titolo universale.

Ma se il legato è di quelli, che si debbono pagare per contribuzione, è manifesto, che la caducità del legato profitta proporzionalmente a coloro, che dovevano contribuirvi.

SEZIONE VI.

DE' LEGATI PARTICOLARI.

Articolo 1014 — (968).

Ogni legato puro e semplice darà al legatario dal giorno della morte del testatore un diritto alla cosa legata, diritto trasmessibile a' suoi eredi o aventi causa.

Nulladimeno il legatario particolare non potrà mettersi in possesso della cosa legata, nè pretenderne i frutti o gl' interessi, se non dal giorno della sua dimanda di rilascio, fatta secondo l' ordine stabilito dall' art. 1011, o dal giorno, nel quale questo rilascio gli sarà stato volontariamente consentito (a).

SOMMARIO

1869. Del legato particolare.
1870. Su quali cose può versarsi un legato particolare.
1871. Il dritto del legatario puro e semplice sulla cosa legata comincia dal giorno della morte.
1872. Principi del dritto romano in quanto concerne la scadenza del legato
1873. *Quid*, se il legato è a termine o condizionale.
1874. Non vi è luogo ad adottare sotto del Codice la regola del diritto romano in quello, che riguarda la scadenza del legato di usufrutto e di servitù personale.
1875. Differenza tra la proprietà ed il possesso.
1876. Sono dovuti i frutti al legatario dal giorno della morte del testatore?
1877. Continuazione.
1878. Casi, ne' quali i frutti sono dovuti al legatario dal giorno della morte.
1879. 1° Quando la riserva è stata legata al riservatario.
1880. 2° Quando il legato è stato fatto per tenero luogo di doto.
1881. Il Codice non ha ammesso l'eccezione del dritto romano relativamente a' legati fatti a' minori o alla causa pia.
1882. *Quid* de' frutti, quando l'erede ha dissimulato ai legatari le disposizioni, che loro concernono, ed ha così ritardata la dimanda di rilascio?
1883. Nel caso di pagamento di una parte del legato, gl'interessi pel dippiù decorrono dal giorno del pagamento.
1884. Il legatario può ripudiare il legato, che gli è fatto?
1885. I creditori potrebbero accettare per lui?
1886. Potrebbero eglino accettare anche dopo la ripudiazione del legato?

COMENTARIO

1869. Riportandosi agli art. 1003 e 1010 del codice Napoleone (b) ed a quello, che abbiamo detto (1) del legato universale e del legato a titolo universale, sarà facile di vedere quello, che è un legato a titolo particolare. Nel dritto romano non si conoscevano, che dei legati particolari, nè vi era altro titolo universale all' infuori di quello di erede testamentario o di successore *ab intestato* (2). Si è veduto, che ci siamo allontanati da questi principi (3), ed anche nei paesi di dritto scritto si considerava come titolo universale il legato universale e la donazione di tutt'i beni presenti e futuri (4).

1870. Il legato particolare può versare su di un corpo certo, su di un dritto, un credito, una servitù ecc. *Et quidem corpora legari omnia et jura et servitutes possunt* (5). Il Digesto, che è ricco sulla materia dei legati, contiene dei titoli speciali sui legati di usufrutto, d' uso, e d' abitazione, di servitù, di cose fungibili, di alimenti di liberazione ecc., parleremo di questi differenti legati sotto i diversi articoli di questa sezione, che vi si riferiscono (6).

(a) Quest'art. è uniforme all'art. 968 delle leggi civili. *Il trad.*
(b) Articoli 929 e 961 delle Leggi civili. *Il trad.*
(1) *Sopra*, n. 1767, 1846.
(2) Furgole, *Comm. sull'ordin. delle sostituzioni.*, p. 1..
(3) *Sopra*, n. 1792.
(4) Furgole, *loc. cit.*
(5) Ulpiano, L. 41 *in principio*, D., *De legat.*, 1° Pothier, *Pand.*, t. II, p. 291, n. 109.
(6) Art. 1015, 1020, 1022 e specialmente i n' 1914 e 1915.

Digitized by Google

È certo di potersi legare tutte le cose, che sono in commercio, anche quelle che non ancora esistono, ma che esisteranno in avvenire, come il vino che ritrarrò dalla mia vigna nell' anno 1856 (1).

Si possono legare dei fatti, come quando incarico il mio erede d' imbiancare le mura della casa a fine d'illuminare quella di Pietro, che è messa di rimpetto (2).

1871. Il dritto del legatario puro e semplice sulla cosa legata comincia nel giorno della morte del testatore. Da questo momento n' è acquistata la proprietà dal legatario, e la trasmette a' suoi successori ed eredi.

Però non è stato sempre così, ed è il momento di fare conoscere le variazioni di legislazione su questo punto (3).

1872. Nell'antico dritto romano i legati puri e semplici scendevano a favore del legatario a contare dalla morte del testatore (4). Ma le guerre civili avendo esaurito il pubblico tesoro, Augusto volendo venire in soccorso delle finanze dello Stato, fece emettere le leggi Giulia e Papia Poppea, che organizzarono un sistema di caducità delle liberalità testamentarie e ne fecero profittare il fisco (5). Tra le altre cause di caducità, queste leggi pronunziarono la decadenza da'legati ogni volta, che il legatario fosse morto o avesse perduto il suo stato prima dell' apertura del testamento; ed allora il fisco prendeva il suo posto.

Giustiniano abrogò la legislazione relativa alle caducità, e ritornò al dritto antico, giusta il quale, il legato puro e semplice veniva a scadere nel giorno della morte del testatore (6).

Tuttavolta vi era questa rimarchevole circostanza, che i legati contenuti in un testamento erano subordinati all'adizione fatta dall' erede. Da questa adizione essi dipendevano, e quando l' erede ripudiava o moriva prima di avere fatta l' adizione, tutto il testamento crollava, ed i legati non sussistevano più. E se si era stabilito, diversi i legati dal giorno della morte del testatore, dipendeva ciò da una finzione, che faceva risalire l' adizione al giorno della morte, e che aveva per iscopo di fa e passare questi legati agli eredi del legatario. Ma era sempre sotto la condizione che l' erede farebbe l' adizione, senza della quale il legato non sarebbe più esistito (7).

1873. Secondo i principî attuali non è così: l' adizione non è più necessaria, se non per escludere la ripudiazione secondo la massima: *il morto impossessa il vivo*. Per tutt' altro la caducità dell'instituzione non fa cadere i legati, perchè tutte le disposizioni di un testamento sono tanti fedecommessi, indipendenti le une dalle altre, e che possono estinguersi o sostenersi isolatamente.

Ma per quanto concerne la scadenza del legato si è sempre seguito in Francia il dritto ristabilito da Giustiniano, ed è anche quello, che il codice Napoleone ha consagrato. Così quando il legato sarà puro e semplice, il legatario sarà proprietario della cosa legata dal giorno della morte, e la trasmetterà ai suoi eredi.

Se il legato è a termine, il legatario ne è del pari proprietario dal giorno della morte, ma non ne può esigere il rilascio prima della scadenza del termine. *Dies cedit, nondum venit* (8).

Che se il legato è condizionale, non è dovuto, se non quando si è verificata la condizione, di modochè se il legatario muore nel tempo, che intercede tra il giorno della morte e la scadenza del legato, il legato non passa agli eredi, o che la condizione sia casuale o che sia potestativa, ed anche quando in quest' ultimo caso gli eredi del legatario proponessero di adempierla (9).

1874. Secondo i principî del dritto romano i legati di usufrutto, di servitù personale, ed altri, che non passavano all'erede, e ch'erano attaccati alla persona de' legatari, non erano dovuti, che dal giorno dell'adizione fatta dall' erede istituito. Si pensava, che la finzione della legge, della quale or ora abbiamo parlato, non doveva essere estesa a questo genere di legati per la ragione, che in niun caso erano trasmessibili agli eredi. Si era fermo quindi al principio rigoroso, dipendere i legati dall'adizione di eredità (10).

Si vede chiaramente, che secondo le nostre regole attuali, queste eccezioni non possono essere adottate, e che il nostro articolo si applica indifferentemente a tutt'i legati, quando sono puri e semplici.

1875. Altra cosa è la proprietà, altra cosa il possesso.

La proprietà è acquistata dal legatario dal giorno della morte, ma non ne ha il possesso di pieno diritto, dapoichè questo possesso è devoluto soltanto all' erede del sangue o al legatario universale. Il perchè non se ne può

(1) Pomponio, l. 24 *in principio*, D., *De legat.*, 1° Meciano, l. 9, *in principio*, D., *De legat.*, 3° Modestino, l. 42, D., *De usuris* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 291, n. 119.

(2) Pothier, *Donaz. testam.*, cap. 4, art. 1, §. 6.

(3) *Sopra*, n. 1799.

(4) Ulpiano, *Fragm.*, t. XXIV, §. 21. Pothier, *Pand.* t. II. p. 327. n. 274.

(5) Pothier, *Pand.*, t. II. p. 348. col. 2 *in fine*. Heineccio, *ad leg. Jul. et P. Poppaeam*, l. 3, c. 1, *ad c.* 5, *De caducis*.

(6) L. 1, C., *De caducis*. Cujacio su questa legge nel C., *De caduci tollend.* Eineccio, *loc. cit.*, n. 2.

(7) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 328, nota *a*.

(8) L. 21, *Quando dies leg. ced.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 327, n. 274. Voet. *Ad Pand.*, *Quando dies leg. ced.*, n. 2. V. *sopra*. n. 390 e seg., quando il giorno apposto ad una condizione forma un vero termine, e quando vale soltanto come condizione.

(9) Voet, *Quando dies leg. ced.*, n 3. *Sopra*, n. 785

(10) Voet, *loc. cit.*, n. 1. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 357, n. 277.

Digitized by Google

privare l'uno e l'altro, che per mezzo di un'azione di rilascio, il di cui scopo è di procurare il possesso al legatario. Ed ecco perchè malgrado il principio di essere la proprietà acquistata dal legatario particolare nel giorno della morte, questo legatario ne deve nonpertanto dimandare il possesso oll'erede o al legatario universale, impossessato dalla legge (1). Se la proprietà è acquistata dal giorno della morte, il possesso è differito sino al rilascio volontario o forzato, che fa l'erede (2).

1876. Ma può il legatario pretendere i frutti dal giorno della morte del testatore, o solamente dal giorno della dimanda del rilascio?

Abbiamo veduto, che il legatario universale ha dritto a' frutti a contare dal giorno della morte del testatore, purchè intenti tra l'anno la sua azione contra gli eredi riservatari (3).

Ma per quanto riguarda il legatario particolare o anche il legatario a titolo universale (4) egli non guadagna i frutti (5), se non dal giorno della dimanda del rilascio o dal giorno del rilascio volontario, salvo il caso, in cui il testatore ha espressamente ordinato, che farebbe suoi i frutti dal giorno della sua morte.

Non si scorge a prima colpo d'occhio la ragione di questa differenza, perchè o che trattisi del legatario universale, o che trattisi del legatario particolare, i principî rigorosi obbligano a dire, che l'erede impossessato fa suoi i frutti, sinchè il legatario non dimanda il rilascio; che gode di buona fede per il motivo, che non è obbligato di sapere, se il legatario vuole o no accettare il legato a lui fatto; che inoltre i frutti gli sono dovuti *pro impensa et coltura*. Ma si è considerato, che il legatario universale succede *in universum jus*, e che il suo titolo ha una tale estensione, che abbraccia anche i frutti a contare del giorno della morte (6). Questa ragione è sembrata sufficiente per istabilire una differenza tra il legato universale ed il legato particolare o a titolo universale. Del resto non si obblierà, che onde questo dritto non divenga oneroso all'erede riservatario, il legatario universale è obbligato di fare la sua dimanda di rilascio nell'anno (7).

1877. Era una quistione molto controversa tra gli antichi autori quella di sapere, se i frutti della cosa legata dovevano decorrere dal giorno della costituzione in mora o da quello della morte del testatore.

Fabro (8) era di avviso, che i frutti e gl'interessi non dovessero decorrere che dopo la costituzione in mora.

Ricard avev' abbracciata la stessa opinione (9).

Altri per lo contrario pensavano, essere i frutti dovuti dal giorno della morte. Tal'era il sentimento di Voet (10), che si fondava sul motivo di essere il legatario padrone della cosa legata *ex die mortis*.

Pothier nelle sue pandette insegnava un terzo avviso, ed era, che i frutti consumati non potevano essere reclamati dal legatario, che agiva *in rem* con l'azione di rivendicazione; ma che aveva dritto a' frutti non consumati. Che se per lo contrario il legatario agiva con l'azione *ex testamento*, non aveva dritto a'frutti, che *ex mora* (11).

Egli è certo, che le leggi romane presentavano su questo punto delle divergenze pressochè inconciliabili, come avverte il sig. Merlin (12). La legge 42 D. *De usuris* diceva, i frutti essere dovuti a contare dalla scadenza del legato. Da un'altra parte le leggi 1 e 2 C. *De usuris et fruct. legat.* contenevano, essere dovuti gl'interessi al legatario dal giorno della contestazione della causa. Sì che non si deve rimanere sorpreso della divergenza degl'interpreti, i quali prendevano per guida delle loro spiegazioni decisioni così contraddittorie.

Checchè ne sia, la giurisprudenza adottata da' parlamenti favoriva l'opinione di Fabro o di Ricard. Si giudicava molto uniformemente, che i frutti di un legato, anche universale, non erano dovuti, che a contare dalla dimanda del rilascio (13).

Il codice ha stabilito un principio fisso, ed è, che i frutti del legato particolare non decorrono, che a contare dal giorno della dimanda di rilascio o della rimessione volontaria fatta dall'erede. Ma, come abbiamo veduto, ha voluto, che relativamente al legatario universale i frutti decorressero a contare dal giorno della morte, purchè la dimanda del rilascio fosse stata intentata nell'anno (14).

1878. Ma ogni regola ha la sua eccezione, e la ragione ne indica parecchie all'art. 1014.

(1) *Sopra*, n. 1852.
(2) Merlin, Repert., v. *Legatario*, p. 780, comma 1.
(3) *Sopra*, n° 1799 e seg.
(4) *Sopra*, n. 1855.
(5) ... Neppure i frutti pendenti. Merlin, Repert., v. *Legato*, sez. 5, §. 1, n. 34, p. 344.
(6) *Sopra*, n. 1799.
(7) *Sopra*, n. 1801.
(8) « *Usuras aut fructus legatorum a die morae deberi verius est; moram vero non prius contractam videri posse quam legatum agnoverit legatarius et petierit. Itaque fructus interim percepti ad haeredem pertinebunt, tanquam bona fide percepti, licet non ignoraverit legatum, quod utique legatario nihil petenti offerre non debuit ..... Sed hoc est ita accipiendum, si non ipsi quoque fructus in legato sint, quod plerumque evenit. Sed etsi pro legitima legatum proponatur, fructus quoque a die mortis deberentur, quoniam legatario, si legitimam peteret, deberentur.* » (Fabro, C., l. 6, t. XXVI, *def.* 1).
(9) *Donazioni*, part. 2, n° 59 e seg.
(10) *Ad Pand. De legatis*, n. 48.
(11) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 339, n. 333, col. 2.
(12) Repert., v. *Legato*, sez. 4. §. 3, n. 27, p. 339.
(13) Arresto del Parlamento di Parigi, 15 febb. 1729. (Merlin, Repert., v. *Legato*, p. 340, col. 2, com. 3).
(14) Art. 1015.

Digitized by Google

Dapprima se ne troveranno due nell'art. 1015, e noi le svilupperemo sotto di quest'articolo (1); altre se ne presentano ancora.

1879. La prima ha luogo, quando il testatore ha legato ad un riservatario la porzione riservata, perciocchè questa disposizione dell'uomo non può distruggere l'effetto della disposizione della legge, che fa passare la porzione riserrata al legittimario *ex die mortis* con tutt' i suoi accessori. Per questo solo, che questa porzione è indisponibile, e che secondo la legge i frutti debbono appartenere al riservatario *ex die mortis*, il testatore non ha potuto far nulla per cambiare quest'ordine di cose, imperocchè sarebbe stato disporre di una cosa indisponibile. Tal'era la decisione presa da tutt' i giureconsulti nel caso del legato della legittima. Fabro ha dato questa ragione decisiva. *Legitima debetur ex die mortis, nec moram ullam recepit* (2). Dev'essere lo stesso sotto il codice Napoleone per una ragione tanto più forte, che il riservatario è impossessato di pieno dritto della quota riserbata.

Ma se il legato eccedesse la quota riserbata, gl'interessi del dippiù non sarebbero dovuti, che dal giorno della dimanda del rilascio (3).

1880. Una seconda eccezione ha luogo, quando il legato è fatto per tenere luogo della dote. Allora i frutti e gl'interessi sono dovuti, non già a contare dal giorno della morte, ma a contare dal giorno del matrimonio. L' art. 1548 del codice Napoleone porta in effetti, che gl' interessi della dote decorrono di pieno dritto dal giorno del matrimonio contra coloro, che l'hanno promessa, ancorchè vi sia un termine pel pagamento, e purchè non vi sia un patto in contrario (4).

1881. Secondo il dritto romano gl' interessi dei legati fatti ai minori o per causa pia, decorrevano dal giorno della morte. Ma questi principi non sono stati mai seguiti in Francia, come Ricard attesta (5), e noi abbiamo sempre considerati i minori e le chiese come soggetti al dritto comune (6).

1882. Un'altra eccezione ha luogo, quando l' erede ha impedito con una fraudolenta reticenza, che il testamento non venisse a conoscersi dai legatari. Allora i frutti sono dovuti dal giorno della morte (7).

1883. Quando l' erede ha volontariamente pagato una parte dei legati, deve pel rimanente gl' interessi a contare da quest' epoca, senzachè vi sia bisogno di farsi una dimanda (8). Gl' interessi dell' altra parte decorrono di pieno dritto a contare dall' epoca di questo pagamento, perciocchè vi sono da parte sua una ricognizione ed un consenso,che rendono inutile la dimanda di rilascio.

1884. Non si può giammai essere astretto ad accettare un legato; *beneficium invito non datur*. Il legatario può dunque ripudiarlo, se lo crede oneroso per lui, e deliberare, se lo accetterà, perocchè il dritto di deliberare non è estraneo al legatario (9).

Ma quando il legatario non accetta nè rinunzia, e che il testatore ha apposto dei pesi alla sua liberalità, colui, che è interessato all' accettazione di questi pesi, può provvedersi in giudizio per forzare il legatario a pronunziarsi (10).

1885. I suoi creditori potrebbero anche in questo caso accettare per lui. L'art. 788 del codice Napoleone (a), dal quale si argomenta in favore dei creditori dell' erede, che senza fare una formale rinunzia, si astiene dalla successione (11), si applica del pari ai creditori del legatario come a quelli dell'erede. I motivi sono gli stessi (12). Ed in effetti non potrebbe dipendere dalla volontà del legatario e dell' erede di privare i loro creditori di questo accrescimento del loro pegno, nè vi è luogo di fare qui la distinzione ammessa in dritto romano per l' esercizio dell' azione Pauliana tra colui, che diminuisce, e quello che ricusa di accrescere il suo patrimonio (13).

Del resto questo dritto esisteva di già nell'antica giurisprudenza, e vediamo, che l'ordinanza del 1747 sulle sostituzioni suppone il caso, in cui i creditori del legatario gravato o sostituito, sono stati ammessi ad accettare la disposizione fatta a favore del loro debitore (14).

(1) *Infra*, n. 1885.

(2) Fabro, *loc. cit. defin.* 4, noto 1; *defin.* 12.

(3) Ricard., *loc. cit.* Merlin., *loc. cit.*

(4) Fabro, *loc. cit.*, *defin.* 8. Ricard, *loc. cit.* Merlin, *loc. cit.*

(5) *Loc. cit.*, ni 109 e 110.

(6) Merlin, *loc. cit.*

(7) Merlin, *loc. cit.*, n. 33, p. 343.

(8) Ulpiano, l. 37, D., *Ad S. C. Trebell.* per argomento Greuier, n. 298. Montpeillier, 3 agosto 1825. (Devill., 8, 2. 124).

(9) Marcello, l. 31, D., *De testam. milit.* Marciano, l. 15, D., *De rebus dubiis.* Voel, *Ad Pand.*, *De jure delib* , n. 5, Merlin, Repert., v. *Legatario*, §. 4, n. 2, p. 770 e 771.

(10) Merlin, *loc. cit.*

(a) Art. 705 delle Leggi civili. *Il trad.*

(11) Toullier, t. IV, n. 319. Duranton, t. VI, n. 519. Vazeille, n. 1, sull'art. 788.

(12) Proudhon, t. IV, *Dell' us-frutto*, n. 2218.

(13) L. 6, D., *Quae in fraud. creditorum* :

« ... *Quod autem, cum possit aliquid quaerere, non « id agit, ut acquirat; ad hoc edictum non pertinet. Pertinet enim edictum ad deminuentes patrimonium suum, « non ad eos qui id agunt, ne locupletentur.* »

(14) *Ordinanza concernente le sostituzioni*, t. I, art. 38.

« Nulladimeno non intendiomo, che la disposizione « dell'articolo precedente poss' aver luoga nel caso, in « cui i creditori del gravato o del sostituito fossero « stati ammessi ad accettare la disposizione fatta a suo « favore o a dimandare l'apertura della sostituziono in « luogo del loro debitore per godere durante la di lui « vita de' beni sostituiti, nel qual caso i gradi di sostituzione saranno contati, come se avesse egli stesso « raccolto i detti beni. » V. *infra*, n. 2249.

Digitized by Google

1886. Ma i creditori potrebbero accettare, quando il legatario ha ripudiato?

Questa quistione è simile a quella, che viene decisa dall'art. 2225 del codice Napoleone (a), relativa al debitore, che rinunzia alla prescrizione(1) e quella, di cui si occupa l'art. 788 del medesimo codice (b) relativa all'erede, che rinunzia ad una successione.

Essa si risolve per mezzo d'idee analoghe; epperò i creditori hanno l'azione Pauliana per fare cadere la rinunzia del legatario, quando essa pregiudica a' loro diritti.

Articolo 1015 — (969)

Gl'interessi o i frutti della cosa legata decorrono a favore del legatario dal giorno della morte e senzachè abbia egli fatta la dimanda giudiziale;

1. Quando il testatore avrà espressamente dichiarata la sua volontà a tal riguardo nel testamento;

2. Quando una rendita vitalizia o una pensione sarà stata legata a titolo di alimenti.

SOMMARIO

COMENTARIO

1887. Ecco due altre eccezioni alla regola dell'art. 1014 (2).

La prima ha luogo, quando il testatore ha espressamente ordinato, che i frutti decorressero dal giorno della sua morte. Questa eccezione è stata presa in impronto dall'antica giurisprudenza, che su questo era formale (3).

1888. Bisogna, che la volontà del testatore sia espressa. Delle congetture dubbie non basterebbero per fare pronunziare in favore dei legatari. La parola « espressamente » di cui si serve l'art. 1015 ha una grand'energia; però non vuol dire, che il testatore deve necessariamente servirsi di formole sacramentali, dapoichè in questa materia bisogna sempre attenersi alla volontà chiara e precisa, e non già all'impero della lettera (4). E negli articoli 916 e 972 (c) si è già veduto, che la parola « espressamente » non implica delle formole giudaiche (5).

Il perchè si è generalmente trovato rigoroso un arresto della corte di Bourges de'16 di gennaio 1821(6), che ha ricusato di vedere un'eccezione alla necessità di dimandare il rilascio in

(a) Leggi civili art. 2181. *Il trad.*
(1) Il mio *Trattato della prescrizione*, n. 100, 101.
(b) Leggi civili art. 705. *Il trad.*
(2) *Sopra*, n. 1876.
(3) Ricard, part. 2, n. 115.
(c) Leggi civili articoli 835 e 897. *Il trad.*
(4) Arresto di Bourges de' 13 febb. 1837. (Devill., 38, 2, 74), che decide, che la clausola, per la quale il testatore dichiara di volere, che i legatari abbiano il possesso de' loro legati dall'istante e pel solo fatto della morte, esprime sufficientemente la sua intenzione di fare decorrere a loro favore i frutti e gl'interessi dal giorno della morte.
(5) *Sopra*, ni 882, 1540, 1551, 1552.
(6) Devill., 22, 2, 35. *Aggiungi loc. cit.*, Cassaz. 16 agosto 1822.

una clausola, così concepita « Subito dopo « la mia morte l'esecutore testamentario e « tutti gl'interessati, cui trasferisco i miei dritti, saranno impossessati de'detti dritti dall'a- « pertura, esecuzione, ed altra conoscenza del « presente. » Ed in effetti è verosimile, che il testatore abbia voluto esentare i legatari dalla necessità del rilascio, se non che bisogna fare valere le circostanze particolari, che hanno tanta influenza nell'animo de'giudici, e quei delicati colori, che così soveate sfuggono nelle notizie degli arresti.

1889. La seconda eccezione, di cui parla il nostro articolo, ha luogo quando una rendita vitalizia o una pensione è stata legata a titolo di alimenti.

Per dare delle idee complete su questa materia ci accingiamo soprattutto ad esaminare la natura de'legati di rendita vitalizia e di alimenti, e quindi quella de'legati annuali in generale e de' legati di usufrutto, di uso, e di abitazione che hanno con essi molt'analogia.

Parliamo dapprima de' legati annuali.

1890. Si chiamano legati annuali quelli, che obbligano l'erede a pagare annualmente una somma o una quantità al legatario.

Essi hanno questo di particolare, che contengono implicitamente più legati: *Quum in annos singulos legatur, non unum legatum esse, sed plures constat* (1).

1891. Da questo principio ripetuto in una folla di altre leggi risultano tre corollari.

Il primo corollario si è, che per l'anno, che comincia, il legato è puro e semplice, ma che per gli altri è condizionale e subordinato alla condizione: se il legatario vive (2). « *Primi* « *quidem anni*, dice Voet,(3) *legatum purum* « *est, ac dies ejus statim a morte testatoris* « *cedit ... sequentium vero annorum condi-* « *tionalia, si vivat legatarius; utpote quo* « *extincto, nihil ultra debetur* ».

1892. Il secondo corollario si è, che bisogna, che il legatario sia capace nel cominciamento di ciascun anno, o per meglio dire,che sia capace tante volte, quanti sono gli anni compresi nel legato.

E siccome il legato annuale è condizionale per gli anni, che sieguono il primo anno, e che un legato condizionale non passa agli eredi del legatario, se non quando la condizione si verifica in vita del legatario, ne siegue,che se il legatario viene a morire per esempio prima del cominciamento del secondo anno, il legato è tuttaffatto estinto, e non passa agli eredi.

Supponiamo una disposizione così concepita: « Lego a Tizio una pensione annuale vitalizia di 60 franchi pagabili anticipatamente « il 1.° di gennajo di ciascun anno. » Tizio raccoglie la prim'annata, ma muore prima del cominciamento della seconda. La pensione si estingue con la sua persona, perciocchè non essendo capace di raccogliere la second'annata, e la condizione *si vivat* non essendosi realizzata, non può nulla trasmettere a' suoi eredi (4).

Ma ammettiamo, che Tizio sia vissuto il primo giorno del secondo anno, e che sia morto il secondo; allora essendo stato capace nel momento della scadenza del legato del secondo anno, trasmetterà il legato al suo erede, che per conseguenza potrà reclamare il pagamento della somma di 60 franchi. E secondo Voet (5) avverrebbe lo stesso nel caso di un legato di frutti, che non ancora fossero nati nel momento della morte del legatario.

Per conoscere, se il legatario è capace bisogna esaminare il cominciamento dell'anno, « *Ut* « *tamen sufficiat initio cujusque anni legata-* « *rium vixisse* (6) ».

Nulladimeno osservate nel precitato caso della rendita vitalizia, che se non fosse stata pagabile anticipatamente, il legatario non acquisterebbe, che il numero de'giorni, per quali sarebbe vissuto; dapoichè è di regola giusta l'art. 1980 (a), che una rendita vitalizia si acquista dal creditore unicamente in proporzione del numero de' giorni, che ha vissuto (7).

1893. Il terzo corollario risultante dal principio, che un legato annuale contiene tanti legati, per quanti anni vi sono, è, che non basta ad estinguerlo una sola prescrizione. Occorrono tante prescrizioni, per quanti anni vi sono (8); la quale prescrizione è di cinque anni (9).

1894. Il legato annuale cesserebbe di esser o soggetto alla condizione *si vivat legatarius*, se fosse fatto « al legatario o a' suoi eredi »; dapoichè allora sarebbe perpetuo, e gioverebbe agli eredi degli eredi (10).Tal'è il caso della rendita perpetua.

Sarebbe lo stesso, se fosse fatto ad una chiesa, ad un comune, ad una città, in una pa-

(1) Ulpiano, l. 10, D., *Quando dies legat. vel fideic. cedat.* Paolo, l. 4, D., *De ann. leg.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 377, n.i 1 e 2.

(2) Paolo, l. 4, D. *De ann. leg.*

(3) *Ad Pand., De annuis legatis*, n. 1. Furgole, cap. 6, n. 41.

(4) Paolo, l. 4, D., *De annuis legatis.*

(5) Voet, *loc. cit.*

(6) Grozio. *Manuale della giurisprudenza Olandese*, l. 2, cap. 23, ai 24 e 73. Modestino, l. 5, D., *De annuis legat.* Alfeno Varo, l. 22, D., *De ann. legat.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 378, n. 5. Voet, *loc. cit.*

(a) Art. 1852 Leggi civili. *Il trad.*

(7) V. il mio *tratt. della rend. vital.*, art. 1980 ai 528 e seg.

(8) Voet, *loc. cit.*, n. 5.

(9) V. il mio *Tratt. della prescriz.*,art.2277, n.i 1003 e 1005.

(10) L. 22, C., *De legatis.* Voet, *loc. cit.*

Digitized by Google

rola, a qua' stabilimeati, che aon muojono mai (1) (a).

1895. Bisogaa ben guardarsi dal coofoadere il legato annuale col legato di ana certa somma, il cui pagamento è diviso in più trimestri.

Il primo, come abbiamo detto, coatiene più legati.

Il secondo, chiamato presso i Romani, *legatum annua*, *bina*, *trina die praestandum*, perchè era pagabile ia tre trimestri, *tribus pensionibus*, costituisce semplicemente uo solo e medesimo legato, che ha una sola scadeaza, e pel quale non è orcessario di essere capace tante volte per quaati trimestri vi sono. Basta, che si sia capace ael momeato dell'apertura della successioae (2).

1896. Per conoscere se oa legato è aaaoale, o se ai versa su di un' unica somma divisibile soltaato circa il pagamento, Pothier stabilisce oelle sue paodette (3) due regole:

La prima regola è, che il legato dev' essere presuato anauale, quando il numero degli anni è indefinito: lego uaa tal somma o una tal cosa a Tizio in ciascun aano o per tatti gli aani (4).

La seconda regola è, che quando il numero degli aani è limitato, bisogaa distinguere, se il pagamento aaausle è stato ordinato nell'interesse dell'erede o del legatario.

Se il pagamento aaauale è stat'ordioato nell'iaterease dell'erede, *exonerandi gratia*, il legato noa è aanuale.

Se il pagamento annuale è stat'ordinato nell'interesse del legatario, per esempio, per assicurargli degli alimeati, o perchè aon abbia a sua disposizioae una somma di denaro troppo forte, che il suo carattere dissipatore dilapiderebbe, allora bisogaa dire, che il legato è annuale (5).

1897. Passiamo al legato di alimeati, che offre molta rassomiglianza col legato aaauale, ma che aondimeao ae differisce, come lo vedremo da qui a poco. La legge 1 del Digesto, *De aliment. vel cibariis legatis* c' insegna, che la parola « *alimenti* » comprende nel suo significato noa solo il audrimento, ma il vestiario e l' abitazioae, perchè queste cose soao indispensabili all' uomo, e costituiacono i suoi primi bisogai (6).

Noapertaato la parola alimeati si prende alle volte in un senso più ristretto. Così la proibizioae di transigere sugli alimenti aoa si esteade a quaato concerae l' abitazioae ed il vestiario (7).

Nel dubbio gli alimeati si regolano secoado la condizione del legatario ed altre circostaoze; *pro legatarii conditione*, dice Voet, *aliisque circumstanciis* (8).

1898. Parecchie aaomalie si maaifestano nel legato di alimeati.

Così in primo luogo un legato di alimenti può essere fatto ad uu incapace, per esempio, ad an coadaaaato ad una pena perpetua, beachè la sua coadaana lo renda iacapace di ricevere in geaerale per donazioae e testamento (9).

1899. Una secoada aaomalia è, che il legato di alimenti è simile al legato annuale, e comprende tanti legati parziali, quanti soao gli anni, pei quali gli alimeati soao dovuti (10). In generale il legato pecuaiario per alimenti (11) è pagabile nel comiaciamento di ciascun anno (12), ed in simile caso l'anao cominciato si reputa finito. Il che decidevaao i giureconsulti romani a causa del gran favore dei legati di alimenti (13) a malgrado della rassomiglianza del legato annuale e del legato di alimeati. Nulladimeno Voet vi trova uaa differeaza, che esprime così: « Nel legato aanuale, se avvieae, che il legatario muore dopo il comiaciamento dell' anno, ciocchè è stato pagato per questo iatiero auao passa ai suoi eredi, che noa possoao essere coaveauti a tal riguardo. Ma ael legato di alimenti può avvraire, che ciocchè è stato pagato a tal titolo al legatario, che è morto posteriormente, sia obbietto di ripetizioue da parte dell'erede; per esem-

(1) Modestioo, l. 6, D, *De ann. legatis*.

(a) Osservate, che qui non si applica la regola dall'art. 619 del Cod. Napoleone ooiforme all'art. 544 delle nostre Leggi civili, che limita a 30 anni la durata di un usufrutto conceduto ad uoa persona morale. L'usufrutto dev'essere essenzialmente limitato oella sua durata, dapoichè, se fosse perpetuo, la proprietà oude non sarebbe più uo dritto, ma un'astraziona. Invece un legato annuale può ben essere perpetuo, perchè i pesi possono essere perpetui. *Il trad.*

(2) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 378, n. 9. Voet, *loc. cit.*, n. 9.

(3) *Loc cit.*

(4) Ulpiano, l. 12, §. 4. *Quand. dies legat. cedat.*

(5) Marciaoo, l. 20. D., *Quand. dies leg. ced.* Questo è aoche il parere di Voet, che così si esprime. (*De annuis legatis*, n. 7).

« *Accidit interim subinde, ut annuum legatum legatario in luxum forte et profusionem prono, non satis tutum sit, ac propterea testator ei menstruum quid, aut hebdomadale, vel etiam diurnum, id est singulis mensibus, aut septimanis, aut diebus praestandum relinquat; et tunc in his menstruis aut diurnis eadem, quae in annuis observanda sunt, ac locum habet.* »

Aggiungi Pothier, *Pand.*, t. II, p. 379. I n: 9, 10, 11 e 12 contengooo numerosi esempi di qoesti priocipi.

(6) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 412, n. 3. Voet, *De alim. legat.*, n. 1.

(7) Ulpiano l. 8, §. 12, D., *De transact.*

(8) Voet, *loc. cit.*, n. 2.

(9) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 412, n. 1. Voet, *loc. cit.*, n. 3. Furgola, *Testam.*, cap. 6, n. 41, cap 6, sez. 2, n: 14 e 23. Cod. Nap. art. 25, e legge de' 31 maggio 1854, che abolisce la morte civile, art. 3.

(10) Fabro, C. l. 8, tit. XXX, *def.* 12. Voet, *loc. cit.*, n. 4.

(11) « .... *Annuam pecuniam.* » (Modestino, l. 6, D., *De ann. leg.*).

(12) Modestioo, l. 5, D, *De annuis legat*: .. *annuos decem aureos.* Alfeoo, l. 22, D., *De annuis legat.*

(13) Voet, *loc. cit.*, n. 4.

« pio l'erede avrà dato a Sempronio, legatario « di un legato di alimenti, un abito, e questo « abito non sarà usato in tempo della morte « del legatario. L'erede potrà riprenderlo, « perchè tutto ciò, che è donato a titolo di ali- « menti, è dato unicamente in considerazione « della persona, e che se questa persona viene « a morire, quello, che a tal titolo gli serviva, « diviene inutile, » *dum ad mortuos alimenta « non habent relationem* (1) ». — « Non sa- « rebbe lo stesso, aggiunge Voet, se il testa- « tore avesse legato una quantità fissa per ser- « vire di alimenti; in questo caso sarebbe sem- « plicemente un legato annuale, la cui desti- « nazione non potrebbe cambiarne l'essen- « za (2) ».

In quanto a noi questa distinzione ci sembra minuta ed inamessibile. Non si fonda su di alcun testo positivo del dritto romano, e non concepiamo, perchè si avrebbe azione per togliere all'erede del legatario l'abito, che questo ultimo avrebbe portato, e del quale sarebbe divenuto proprietario mercè il pagamento, che gliene sarebbe stato fatto.

1900. Infine una terza anomalia si è, che l'accrescimento non ha luogo in materia di alimenti (3), come vedremo nel comentare l'art. 1044 (4).

1901. Eravi pure un'altra singolarità nei principî dell'antica giurisprudenza. Non poteva transigersi su di un legato di alimenti, che in quanto si trattava di alimenti scaduti, perocchè in quanto agli alimenti futuri la transazione era valida soltanto, quando interveniva il magistrato, tranne chè non fosse favorevole all'alimentario (5).

Codeste distinzioni non sono applicabili sotto del codice, perciocchè gli alimenti dovuti, non già *jure sanguinis*, ma in virtù di un testamento possono formare obietto d'una cessione (6); epperò possono essere compresi anche in una transazione (7). Il che noi abbiamo dimostrato nel nostro *Comentario delle transazioni* (8), fermando, che gli articoli 581 e 1004 del codice di procedura civile (a) non provano, che sia vietato alle parti di transigere volontariamente su' legati di alimenti.

1902. Occupiamoci ora con l'ultima disposizione del nostro articolo de' frutti degl'interessi della rendita vitalizia e della pensione.

Nell'antica giurisprudenza si teneva per fermo, che ne' legati di rendite annuali o di pensione vitalizia, i frutti erano dovuti a contare dal giorno della morte, perocchè, si diceva, in questo caso i frutti e gl'interessi compongono tutta la cosa legata, il perchè bisogna decidere, dover essere soddisfatti dalla scadenza del legato. Altrimenti sarebbe un violare il principio, che fa risalire la proprietà del legatario all'epoca, nella quale viene il legato a scadere (9).

Tale dottrina non può più essere seguita sotto del codice, ed i frutti e gl'interessi delle rendite vitalizie o delle pensioni decorrono soltanto quando le cose sono state legate a titolo di alimenti.

In tutti gli altri casi si acquistano unicamente dal giorno della dimanda del rilascio.

1903. Terminiamo quello, che abbiamo detto de' legati di alimenti, aggiungendo, che gli alimenti si presumono dovuti al legatario per tutta la sua vita in mancanza di disposizioni contrarie (10).

1904. Parliamo ora del legato di usufrutto, che offre numerose analogie co' legati annuali ed i legati di alimenti.

Una delle più rimarchevoli, e che stabilisce il principale carattere di unione tra questo legato e quelli, di cui il nostro articolo si occupa, è, che cam' essi consiste ne' frutti, che ne sono l'essenziale elemento.

Non è sempre facile di distinguere, se la disposizione contiene un legato di usufrutto o un legato di proprietà; il perchè diviene necessario di presentare qualche osservazione per giungere a farne la distinzione.

Del resto è inutile di dire, che qui, come in tutta questa materia, bisogn'adoperarsi a cercare la volontà del testatore.

1905. I giureconsulti romani pensavano, che quando il testatore aveva detto: « Lego « a Tizio il fondo Semproniano, e ne dò l'usu- « frutto a Mevio », davevano considerarsi Tizio e Mevio come chiamati all'usufrutto concorrentemente; e ne davano per ragione, che la parola « fondo » comprendeva la proprietà ed il godimento (11).

Ma Voet (12) tratta questo ragionamento di sottigliezza troppo scrupolosa, e vuole, che si rigetti una tale interpretazione. È chiaro, che oggi questa opinione dev'essere seguita, imperciocchè s'è vero da un lato, che nell'energia della lingua latina, della quale taluni colari ci hanno dovuto sfuggire, la parola *fun-*

(1) Voet, *De alimentis legat.*, n. 4, *et De agnosc. vel alend. liberis*, n. 19.
(2) Voet, *De aliment. legat.*, n. 4. Merlin, Repert., v. *Alimenti*, art. 11, p. 205.
(3) Voet, *De usufruct. accrescendo*, n. 3.
(4) *Infra*, n. 2189.
(5) Gordiano, l. 8, C. *De transact.* Ulpiano, l. 8, D., *De transanct.*
(6) Cassaz., 31 maggio 1826. (Devill., 8, 1, 351).
(7) Art. 2045 del C. Nap.
(8) N. 97.

(a) Articoli 671 o 1080 delle leggi di procedura civile. *Il trad.*
(9) Fabro, C., l. 6, t. XXVI, *defin.* 1. Merlin, Repert., v. *Legato*, sez. 4, §. 3, n. 30.
(10) Ulpiano, l. 14, D *De alim. leg.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 413, n. 9.
(11) Giuliano, l. 6, D., *De usuf. earum rerum, quae usu consum.* Giuliano, l. 4, D., *De usuf. accrescendo.* Modestino, l. 19, D., *De usu et usuf.*
(12) Voet, *Ad Pand.*, *De usufruct.*, n[i] 9 e 15.

dus abbia potuta essere interpretata nel senso, che le danno i giureconsulti romani, non è meno vero dall'altro lato, ch'esso ha presso di noi un senso meno largo, quando è unita ad una disposizione, che ha per speciale oggetto l'usufrutto. Sì che un tale legato darebbe a Tizio soltanto la proprietà, e Mevio ne avrebbe l'usufrutto.

1906. Si domanda come si deve qualificare la seguente disposizione:

« Dono l'usufrutto de' miei beni a Tizio, e voglio, che dopo la mia morte lo renda a Sempronio ».

Tutt'i giureconsulti antichi si accordano nel dire, che per abuso il testatore si è servito della parola usufrutto, dapoichè non potev'essere di una ignoranza così supina da non sapere, che l'usufrutto si estingue con la morte. Epperò gli autori pensano, che una simile disposizione contiene il legato della proprietà *cum onere fideicommissi* (1).

Ma tale interpretazione è al dì d'oggi inesatta.

Le sostituzioni fedecommessarie sono proscritte dalla nostra legislazione; da che siegue, che stando al senso, che gli autori danno alla clausola in quistione, la disposizione dovrebb'essere annullata come infetta di sostituzione. Laonde per non imputare al testatore un'inesattezza, che talvolta può sfuggirgli per effetto dell'ignoranza della legge, così frequente in molti cittadini, si distruggerebbe una disposizione; che diversamente interpretata, potrebbe produrre il suo effetto. E che diverrebbe la massima, *ut magis valeat quam pereat dispositio*? (2). Il testatore ha donato l'usufrutto; fermiamoci a questa parola, che salva tutto, e non ci allontaniamo da questo significato naturale. Per verità ha fatto una cosa, che non poteva fare, incaricando l'usufruttuario di rendere questo usufrutto ad un terzo, o, se si vuole, di dare ad altri da'beni, de'quali egli non aveva la proprietà. Ma questo peso dev'essere soltanto considerato come non scritto, e la disposizione principale deve sussistere. Si può anche secondo i casi considerare la sopradetta disposizione come contenente il dono dell'usufrutto a Tizio e quello della proprietà a Sempronio, la quale seconda interpretazione non ripugna per nulla alla lettera, e la pone di accordo con la legge.

1907. Voet esamina (3) la quistione, se il legato di usufrutto con divieto di alienare è piuttosto un legato di usufrutto, che un legato della proprietà, e si pronunzia per l'opinione, essere un vero legato della proprietà. Dapoichè, egli dice, la proibizione di alienare può gravare soltanto il proprietario, ed è una restrizione del dominio, imposta al legatario. Ora *privatio praesupponit habitum*; la privazione suppone l'avere, nè si può diminuire il dritto di qualcuno, se non quando costui ha un dritto reale.

Se il codice non avesse pronunziato l'abolizione delle sostituzioni, si dovrebbe adottare senza difficoltà quest'opinione di Voet; dapoichè mira a spiegare pel pensiero di una sostituzione una disposizione, che presa alla lettera, ha qualche cosa di perplesso.

Ma noi pensiamo, che l'abolizione delle sostituzioni e l'inconveniente di fare crollare l'ultima volontà del testatore, conducono la mente ad un differente risultamento. Abbiamo detto più sopra (4), che quando una clausola è suscettiva di due sensi, bisogna fare prevalere quella interpretazione, ch'esclude il fedecommesso vietato. Questo è il caso di applicare questa regola, e noi siamo dell'avviso di Fachineo (5), che pensa, essere qui la proibizione di alienare una clausola inutile, aggiunta ad una disposizione, che la sottintende, ed espressa soprabbondantemente dal testatore: « *Cautela abundante* ». Ed in effetti è di regola che l'usufruttuario non può alienare.

1908. Voet si propone poi un'altra difficoltà. Dimanda che sarebbe una disposizione, nella quale il testatore avesse legato l'usufrutto con facoltà di alienare, e per pervenire a qualificarla distingue, se la facoltà di alienare è stata data in una maniera generale ed assoluta, o se è stata data *arbitratu boni viri* per provvedere a de' bisogni urgenti. Nel primo caso vuole, che la disposizione non sia altra cosa, che un fedecommesso *de eo, quod supererit*. Imperocchè, egli dice, è certo, non essere il dritto di usufrutto compatibile con la facoltà di alienare; epperò per mettere di accordo questi due dritti bisogna intendere la clausola nel senso del fedecommesso *de eo, quod supererit*, nel quale si vede il gravato, che nelle sostituzioni non è in qualche modo che un usufruttuario, avere il dritto di alienare.

Nel secondo caso Voet vuole, che vi sia donazione dell'usufrutto per lo intiero e donazione della proprietà per quella porzione, che un uomo dabbene alienerebbe per provvedere ai suoi bisogni urgenti (6). Il nostro autore fortifica la sua opinione con quella di Menochio (7) e di molti altri giureconsulti (8). Ma

(1) Menochio, *De praesumpt.*, l. 4, pr. 133, n. 7. Voet, *Ad Pand.*, *De usuf.*, n. 9. Scevola, l. 15, D., *De aur. et arg. leg.* Scevola, l. 39, D., *De usu et usuf.*

(2) V. le spiegazioni date più sopra n. 178, sull'utilità di questa regola per salvare delle disposizioni criticate a titolo di sostituzione.

(3) Voët, *De usuf. et quemad.*, n. 10.

(4) *Sopra*, n. 117.

(5) *Controv.*, l. 5, cap. 43 o 44.

(6) Voet, *De usuf. et quem.*, n. 11.

(7) Menochio, *De praesumpt.*, lib. 4, pr. 133, n.i 4, *e seguenti*.

(8) Neostadio, *Curiae holl.*, *decis.* 20. Pioello, *ad* l. 1, C., *De bonis mat.*, p. 3, n. 43. Jacob, *Comm.*, *con.* 15, n.i 5 *e seg.* Carpzovio, *Def. for.*, p. 3, co. 13, *defin.* 11, Castillo Solomayor, *De usuf.*, cap. 30, ec. ec.

deve l' attuale giurisprudenza adottarla? Noi vi scorgiamo delle gravi abiezioni; se risultasse chiaramente dal testamento, che la donazione dell' usufrutto è accompagnato dalla facoltà di alienare, *arbitratu boni viri*, per soddisfare solamente dei bisogni urgenti, pensiamo anche noi, che la decisione di Vaet debba fare autorità; ed in tal caso, questa decisione è al coperto da ogni critica. Ma in quanto al dono di usufrutto col permesso assoluto di alienare, non potrebbe essere facilmente convertito in fedecommesso *de eo, quod supererit*, comunque questa specie di fedecommesso non sia dal codice Napoleone proscritta (1). Noi diamo alle congetture multa minore latitudine di quanta ne davana gl' interpreti, che hanno scritto in un sistema di legislazione, che oltremodo favoriva le sostituzioni. Ora quante presunzioni non ha bisognato accumulare le une sulle altre per vedere un fedecommesso *de eo quod supererit* nella clausola di cui parliamo! A chi si restituirebbero i beni, che resterebbero? Quale sarebbe il chiamato? La disposizione non ne dice una parola, e bisognerebbe torturare la volontà del testatore anche per risolvere questa nuova difficoltà. Sembra a noi molto più semplice di vedere nella clausola, che analizziamo, una donazione della proprietà emergente dalla combinazione delle parole, delle quali il testatore si è servito. La donazione dell' usufrutto si trova corretta e spiegata dalla clausola, che siegue, e che nel conferire il dritto di alienare, aggiunge alle espressioni improprie, che precedono; e se bisogna necessariamente interpretare la disposizione per modo da vedervi l'usufrutto riunito alla proprietà, perchè non si farebbe questa riunione in un modo assoluto invece di limitarla arbitrariamente alle cose, che venissero ad essere alienate?

1909. *Quid* se il testatore comincia dal lasciare i suoi beni in generale, ed aggiunge la proibizione di alienare, o la clausola di possederli durante la sua vita (*quamdiu legatarius vixit*), o altra simile?

Voet(2)dice,essere questo un fedecommesso; ma questa decisione, buona sotto una legislazione, ch' era favorevole alle sostituzioni, non deve essere ammessa al di d'oggi, e ne abbiamo data più sopra la ragione (3). Anzichè fare perire la disposizione, vedendovi una sostituzione bisogna farla valere, scorgendovi una donazione di usufrutto (4).

1910. Ci sembra inutile di addurre degli altri esempi, e coloro, che sono curiosi di spingere più lontano le loro investigazioni, potranno trovarne de' più numerosi nelle pandette di Pothier (5).

1911. Dicevamo nel n. 1904, che il legato di usufrutto rassomiglia ai legati di rendita vitalizia ed ai legati annuali in quantochè come questi ha per principale obbietto un emolumento, che consiste in frutti. Evvi un altro punto di somiglianza,ed è, che si estingue con la morte del gratificato come i legati annuali.

Ne differisce in quantochè il legato annuale comprende più legati, mentre il legato di usufrutto ne contiene un solo, la cui scadenza avviene per conseguenza una sola volta.

Si può legare l' usufrutto di tutti i beni, o l' usufrutto di una quota di beni, o solamente l' usufrutto di un corpo certo.

Ma il legato di usufrutto universale ha questo di rimarchevale, come la abbiamo dimostrato (6), che non costituisce mai un legato universale; esso è, nè può essere altro, che un legato a titolo universale.

Abbiamo veduto ancora (7), come l'usufruttuaria contribuisce ai debiti giusta l' art. 612, ed è inutile di ritornare su questo punto.

In quanto all' usufruttuario a titolo particolare non è tenuto dei debiti in alcuna maniera (8), e se paga il debito ipotecario, ha il suo regresso contra del proprietario (9).

1912 Le analogie, che abbiamo indicate, ci conducono a decidere, che il legatario dello usufrutto non ha diritto ai frutti, che a contare dal giorno della domanda del rilascio, e che gli si deve applicare per una estensione, la cui necessità viene da tutto indicata, la regola stabilita dall' articolo 1015 (a) Sarebbe impossibile di concepire,che il legatario di una rendita vitalizia, che non presenta un carattere alimentario, fosse obbligato di fare una dimanda di rilascio per far decorrere i frutti, e che il legatario dell' usufrutto avesse dritto a questi frutti dal giorno della morte *ipso jure* e senz' alcuna dimanda.

La combinazione dell' art. 1015, § 2, con l' art. 1014 (b) ci sembra escludere ogni dubbio, perocchè da una parte ci mostra il principio generale e dall'altra la sua applicazione ad un caso particolare, che ha le maggiori rassomiglianze con quello, delle quali ci occupiamo.

Per sottrarre il legato dell' usufrutto al dritto comune si argomenta dall'art. 604 (c), che dispone, essere dovuti i frutti all'usufruttuario dal momento in cui l' usufrotto si è aperto. Ma tale disposizione non è fatta per modificare l' art. 1014, ed il suo unico scopo si è stato di

(1) Sopra, n. 130.
(2) Loc. cit., n. 11.
(3) Sopra, n. 117.
(4) Sopra, n.i 129 e 186.
(5) T. II, p. 350, n. 1.
(6) Sopra, n. 1848.
(7) Sopra, n. 1860.

(8) L. ult., D., *De usu et usuf.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 351, n. 9.
(9) Art. 61 Cod. Nap.
(a) Art. 969 delle Leggi civili. *Il trad.*
(b) Art. 968 delle Leggi civili. *Il trad.*
(c) Art. 529 delle Leggi civili. *Il trad.*

fare sapere, che il ritardo dell' usufruttuario a dare cauzione non lo priva del suo diritto a' frutti della cosa dal momento, in cui il suo usufrutto si è aperto. Essa deve conciliarsi cui casi, nei quali, giusta dei testi formali, non sono dovuti i frutti all' usufruttuario, che dopo l' adempimento di certe misure espressamente comandate. Per bene interpretare le leggi non bisogna isolarne gli articoli, ma conciliarli insieme e modificarli gli uni per mezzo degli altri (1).

1913. Parleremo sotto l'art. 1044 del dritto di accrescimento in materia di lagato di usufrutto (2). Vediamo ora i legati di uso o di abitazione.

1914. Il legato di uso o di abitazione differisce sotto molti rapporti dal legato di usufrutto. Per esempio l' usufrutto ha molta più latitudine, comechè comprende il godimento della totalità dei frutti, mentre il legato di uso comprende soltanto quello, che è necessario pei bisogni personali del legatario (3). L' usufruttuario può vendere o cedere il suo dritto (4), a l'usuario manca di questa facoltà (5).

Malgrado tutte queste differenze tutto quello, che abbiamo detto degli effetti del legato di usufrutto, si applica ai legati di uso o di abitazione, e l'usuario non avrà dritto ai frutti, che per la costituzione in mora risultante dalla dimanda del rilascio.

1915. Talvolta un legato di uso ha una rassomiglianza con un legato di servitù, e per distinguerne la differenza bisogna penetrarsi delle regole, che separano l' uso della servitù. Noi le supponiamo note (6).

Modestino dimanda se l' uso di un corso di acqua, *usus aquae*, legato in un testamento, deve essere considerato come un legato di uso o di servitù prediale. Il giureconsulto romano si decide pel primo partito, e risponde: « *Usus* « *aquae personalis est, et ideo ad heredem* « *usuarii trasmitti non potest* (7).

ARTICOLO 1016 — (970)

Le spese della dimanda del rilascio saranno a carico della successione, senzachè nondimeno possa risultarne riduzione della riserva legale.

I diritti di registro saranno dovuti dal legatario.

Il tutto, se non è stato altrimenti ordinato dal testatore.

Ciascun legato potrà essere registrato separatamente, senzachè tale registro possa profittare ad alcun altro, menochè al legatario o a' suoi aventi causa (a).

SOMMARIO

1916. Le spese dalla domanda del rilascio sono a carico della successione.

1917. Ma solamente le spese assolutamente necessarie pel rilascio.

1918. Potrebb'essere anche il legatario condannato alle spese, se elevasse in occasione del rilascio una pretensione eccessiva.

1919. *Quid* delle spese di registro e di mutazione.

COMENTARIO

1916. Le spese della dimanda del rilascio sono a peso della successione, ed è una conseguenza del principio, che in generale le spese del pagamento sono a carico del debitore (8). Ora essendo i legati de' pesi della successione, questa n'è debitrice, e deve, sino a che la riserva non è intaccata, sopportare le spese occasionate dalla domanda del rilascio.

Codesta disposizione trae la sua origine dal dritto romano, che ce ne dà un rimarchevole esempio nella legge 39 del Digesto, *De legat.* 1.°, decidendo, che la ricerca di uno schiavo legato, che ha preso la fuga dopo la morte del testatore, dev' essere fatta a spese dell' erede (9). Altre leggi consacrano la medesima soluzione (10).

1917. Nulladimeno bisogna rimarcare con Ricard (11), che gli eredi non sono tenuti di pagare, che le spese assolutamente necessarie pel rilascio, e Ricard cita a questo proposito un arresto della gran camera de' 17 di apri-

(1) Bordeaux 23 aprile 1844 (Devill., 44, 2, 491). Delvincourt, t. II, p. 380. Duranton, t. IV, p. 520. Proudhon, *De l'usufrutto*, t. I, n. 394. Vazeille, n. 2, sull'art 1015. Zachariae; t. II, p. 10, § 227, nota 2. V. *contra* Bastia, 3 febbraio 1836 (Devill., 36, 2, 247). Merlin, Repert., v° *Legati*, sez. 4, § 3, n. 30. Toullier, t. III, n. 423 (Grenier, n. 303 *bis*.)

(2) *Infra*, n. 2183 (1044).

(3) Art. 630 del C. Napol.

(4) Art. 595 del C. Napol.

(5) Art. 631 del C. Napol.

(6) V. Proudhon (*Dell'usufrutto* n.i 2739 e seg.), che ha spiegato a lungo tutta questa materia.

(7) L. 21, D., *De usu et usufr.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 382, n. 13.

(a) È uniforme a quest'articolo l'art. 970 delle Leggi civili *Il trad.*

(8) Art. 1248 del C. Napol.

(9) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 337, n. 322.

(10) Ulpiano, l. 44, § 9, D., *De legat.*, 1. Africano, l. 108, D., *De legat.*, 1. Paolo, l. 8, D., *De legat.*, 2.

(11) Part. 2, n. 47.

le 1584, il quale decide, che un testatore avendo legato la parte di una casa, che possedeva per indivisa, gli eredi non erano obbligati a fornire le spese della divisione, che il legatario voleva fare contra gli altri comproprietari.

1918. Molto più, se il legatario nel fare la sua dimanda di rilascio ha elevato una pretensione eccessiva, si potrebbe condannarlo a tutte le spese(1). E se ne comprendono i motivi, cioè che il giudizio non versa sulla dimanda del rilascio, propriamente detto, ma su di una non ragionevole pretensione, della quale la dimanda del rilascio è stata il pretesto.

1919. Delle spese del registro e di mutazione non avviene come di quelle del rilascio, perocchè sono a carico del legatario.

Del resto ogni legato può essere registrato separatamente, e da qui risulta un utile evidente pel legatario, dapoichè potrà dimandare il rilascio del legato suo senza fare registrare l'intiero testamento. È questa una felice innovazione, che il sigoor Jaubert nel suo rapporto al tribunato (2) esponeva in questi termini: « Ogni legatario potrà far uso del testamento, « quantunque abbia fatto registrare soltanto il « suo legato. Nè si vedrà più un antico servi- « tore. che avrà ricevuto un legato di alimenti, « languire nella miseria per la impossibilità di « provvedere alle spese di registro dell'intiero « testamento. »

Nè il legatario è obbligato a levare una spedizione del testamento, ma può ottenerne separatamente un estratto per ciò, che lo concerne (3).

Articolo 1017 — (971)

Gli eredi del testatore o altri debitori di un legato, saranno personalmente tenuti di soddisfarlo, ciascuno *pro rata* della parte e porzione, di cui profitteranno nella successione.

Saranno tenuti ipotecariamente per lo intiero sino alla concorrenza del valore degl'immobili della successione, de' quali saranno detentori (a).

SOMMARIO

1920. Rinvio.
1921. Dell'effetto dell'azione personale, alla quale sono soggetti i debitori di un legato.
1922. Casi, ne' quali gli eredi sono tenuti personalmente *in solidum*.
1923. Continuazione.
1924. Quando per effetto della divisione un corpo certo, che è stato obietto di un legato, cade nella quota di uno degli eredi, gli altri non sono liberati relativamente al legatario.
1925. *Quid* quando la cosa legata è perita pel fatto o per colpa di uno degli eredi?
1926. Inoltre può pervenire il legatario ad esercitare l'azione di rivendicazione.
1927. Dell'azione ipotecaria accordata al legatario.
1928. Motivo, che ha fatto introdurre quest'azione.
1929. Dritto di dimandare la separazione de' patrimoni.

COMENTARIO

1920. Non ripeteremo quello, che abbiamo detto (4) sulle azioni dei legatari per ottenere il pagamento dei loro legati. Vi rinviamo, limitandoci qui a dire, che le azioni accordate ai legatari sono tre, cioè l'azione personale, l'azione reale, e l'azione ipotecaria. Aggiungiamo, che indipendentemente dall'ipoteca legale sui beni della successione, i legatari hanno ancora un altro dritto, quello di dimandare la separazione di patrimoni contra i creditori personali dell'erede.

1921. Per effetto dell'azione personale i debitori di un legato particolare sono tenuti di soddisfarlo per la loro quota e porzione. Ed in questo il nostro articolo è l'eco della legge 33 del Digesto, *De legatis* 2, così concepita: « *Legatorum petitio adversus heredes pro parti- « bus hereditariis competit*; *nec pro his, qui « solvendo non sunt onerari coheredes opor- « tet* (5). »

1922. Quantunque la regola generale sia, che gli eredi non sono tenuti personalmente del pagamento di un legato, se non per la loro quota e porzione, nulladimeno vi sono de' casi, ne' quali sono tenuti personalmente *in solidum*, per esempio quando la cosa legata non riceve divisione.

Così un testatore grava i suoi due eredi di dare a Tizio un dritto di passaggio. Siccome il dritto di passaggio è una cosa indivisibile, che non ammette parti, ciascun erede potrà essere convenuto *in solidum*, per modo che se

(1) Cassaz., 28 febb. 1826 (Devill., 8, 1, 288).

(2) Fenet, t. XII, p. 610. Locrè, t. XI, p. 473, n. 64 *in fine*.

(3) Regnaud de Saint-Jean-d'Angely, *Discuss. nel cons. di Stato*, (Fenet, t. XII, p. 397. Locrè, t. XI, p. 256).

(a) È uniforme a quest' articolo l'art. 971 delle Leg. civili. *Il trad.*

(4) N.i 1793 *e seg.*

(5) Modestino, l. 33, D., *De legat.*, 2. Pothier, *Pand.* t. II, p. 333, n. 307. Voet, *De legatis*, n. 46.

Digitized by Google

uno da' due è insolvibile, l'altro sarà nonpertanto tenuto per lo intiero (1).

1923. L'azione personale cessa pure di essere divisibile quando, come abbiamo veduto (2) il testatore invece di gravare del pagamento del legato la intiera successione, ha manifestata la volontà, che uno degli eredi o de'legatari fosse gravato di soddisfare egli solo il legato, sia dichiarandolo espressamente, sia legando un corpo certo compreso nella quota, attribuita all'erede o al legatario di una specie di beni. L'erede o il legatario, che in questo caso è tenuto di soddisfare il legato, non può avere regresso contra i suoi coeredi o collegatari (3).

1924. Ma se avviene, che ciò succede, non per la volontà del testatore, ma per effetto della divisione tra gli eredi, per la quale questo corpo certo è stato compreso in una quota ricaduta ad uno di loro, gli altri non rimarranno per questo discaricati dal pagamento, anche quando avessero imposto a quello tra loro, nella cui quota questo corpo certo è ricaduto, l'obbligazione di soddisfare il legato; dapoichè essendo stati essi già obbligati a questo debito, non hanno potuto pel loro fatto liberarsi dalla loro obbligazione (4).

Tuttavia anche in questo caso colui, nella cui quota il corpo certo è ricaduto, può essere azionato pel pagamento del totale e condannato al pagamento dello intiero (5). La ragione, che di questa decisione dà Dumoulin, è, che quantunque l'azione, che nasce da questo debito, sia divisa tra ciascuno degli eredi del disponente, nondimeno, poichè l'esecuzione della sentenza di condanna, ch'è la conseguenza di quest'azione, *è in rem scripta*, può farsi per lo totale contra di colui, che per effetto della divisione n'è divenuto solo possessore, salvo il regresso di costui contra i suoi coeredi, « *quia quamvis actio sit mere persona* « *lis, tamen executio judicati in rem scripta* « *est, et divisio non debet impedire vim futuri judicii nec executionem in rem, et in* « *ejus possessorem, salvo contra heredes recursus* (6). »

1925. Quantunque la cosa legata sia una cosa divisibile, e che gli eredi debbono concorrere al pagamento di questa cosa per la loro quota e porzione, nulladimeno questo principio dev'essere modificato, quando la cosa legata è perita pel fatto o per colpa di uno degli eredi. E la ragione n'è, secondo Dumoulin, che la obbligazione principale per verità è divisibile, ma che l'obbligazione accessoria *praestandi bonam fidem*, che vi è aggiunta, è indivisibile. Ciascuno degli eredi è tenuto a tal riguardo *in solidum, nec enim pro parte diligentia praestari potest*: d'onde siegue, che quello degli eredi, che vi manca, è tenuto pel totale.

Relativamente agli altri eredi, che non sono concorsi con alcun fatto o colpa alla perdita della cosa legata, rimangono liberati, perchè la perdita della cosa legata, quando avviene *extra culpam*, annulla il legato (7); nè l'erede è tenuto del fatto del suo coerede (8). laonde la colpa di costui è per lui come una forza maggiore, che non l'obbliga (9).

1926. Indipendentemente dall'azione personale, il legatario può avere anche un'azione reale in rivendicazione, ed è quando il legato versa su di un corpo certo e determinato, e che conferisce così al legatario la proprietà o uno smembramento della proprietà. Abbiamo veduto (10), che nulla impedirebbe al legatario d'intentara contra l'erede ed un terzo detentore l'azione di vindicazione per un corpo certo, che faccia parte del legato, del quale l'erede ricuserebbe di fare il rilascio, e che fosse posseduto da un terzo.

1927. In quanto all'azione ipotecaria si sa, che i beni del testatore son'affetti al pagamento de'legati, mercè un'ipoteca legale, che li grava; e quantunque l'obbligazione di pagare il legato si divide tra gli eredi, nondimeno possono essere perseguitati pel totale del debito come possessori de' beni, che vi sono ipotecati (11).

Il che non vuol dire, che per questo solo, che l'ipoteca legale, di cui si parla, affetta tutti beni della successione, si possa condannare solidariamente gli eredi al pagamento del legato, imperciocchè vi è una gran differenza tra la condanna solidaria e la condanna ipotecaria.

Questa è sempre subordinata all'alternativa « se non ama meglio rilasciare il fondo gravato d'ipoteca » (12).

L'altra al contrario è pura e semplice (13).

1928. Abbiamo detto qual è il motivo, che ha fatto introdurre questa ipoteca, e tale motivo non è quello di dare ai legatari una preferenza su i creditori del defunto (14). Perocchè dice

(1) Paolo, l. *ult.*, D., *De servit. legat.* Pothier, *Pand.* t. II, p. 334, n. 310. Pothier, *Obbligazioni*, part. 2, cap. 4, sez. 2, art. 3, § 3, n. 331.
(2) N.i 1865 *e seg*
(3) Pothier, *loc. cit.* art. 2, § 2, n. 302.
(4) Pothier, *loc. cit.*, n. 302.
(5) Art. 1221 del C. Nap.
(6) Pothier, *loc. cit.*, n. 302. Dumoulin, *De divid et indiv.*, p. 2, n. 84.
(7) C. Nap., art. 1042.
(8) Paolo, l. 9, D., *Depositi vel contra*, Giuliano, l. 10, D., *Depos. vel contra.*
(9) Pothier, *Obbli. loc. cit.*, n.i 305 e 306.
(10) N. 1794 *Aggiungi* Cassaz. 4 aprile 1837, Devill. 37, 1, 845, Pothier, *Donat. testam*, cap. V, sez. 3, art. 2, § 1.
(11) N.i 1793 e seg. Il mio *Comm. delle ipoteche*, t. II, n. 390.
(12) Merlin, Repert., v° *Legato*, § 6, n. 14, p. 796, col. 2. V. il mio *Comm., su' privil. ed ipoteche*, n.i 390 ed 811. Cassaz. 7 novembre 1810 (Devill., 3, 1, 257).
(13) *Supra*, n. 1793, nota *in fine*.
(14) *Infra*, art. 1024, n. 1985.

Digitized by Google

Voet(1), *nec legata praestanda esse, nisi post quam dimissi fuerint defuncti creditores*; ma solamente per porre i legatari in istato di acquistare un dritto di preferenza sui creditori dell' erede, ed assicurare con ciò il pagamento dei legati e la volontà del defunto; anche per istabilire un dritto di persecuzione sui beni affetti al pagamento dei legati.

1929. Del resto sebbene questa ipoteca sia una ipoteca legale, non è dispensata dall' iscrizione (2)

Ma i legatari non hanno solamente una ipoteca legale sui beni della successione, ma hanno ancora un diritto particolare, il di cui scopo è di escludere i creditori personali dell' erede, diritto tutto affatto distinto del diritto d'ipoteca ed impropriamente qualificato di privilegio(3).

Ed è il dritto, loro accordato, di dimandare la separazione dei patrimoni (V. l' articolo 878 e l'articolo 2111 del codice Napoleone (a)). Per effetto di questa dimanda i creditori personali dell' erede non possono concorrere coi legatari sui beni della successione.

Questa doppia garentia, data ai legatari, è una pruova della previdenza, che ha diretto il legislatore a fine di sempre più assicurare le ultime volontà dei moribondi.

Non entreremo su tale subietto in verun dettaglio; basta di rinviare agli art.878 e 2111 del codice Napoleone (b) ed al *nostro Comentario delle ipoteche* (4), ove le quistioni, che nascono da questo dritto dei legatari, sono state discusse e risolute.

Articolo 1018 — (972)

La cosa legata sarà rilasciata con gli accessori necessari, e nello stato, nel quale si troverà nel giorno della morte del donante (c).

SOMMARIO

COMENTARIO

1930. Questo articolo stabilisce due regole: la prima, che la cosa legata dev' essere rilasciata con gli accessori necessari, che vi sono annessi nel momento della morte del testatore; la seconda che deve essere rilasciata nello stato di buona conservazione o di deterioramento, nel quale si trova nel giorno della morte del testatore.

1931. La cosa legata può essere paragonata alla cosa venduta: come questa deve essere rilasciata coi suoi accessori (5), e per accessori bisogna intendere tutto ciò, che si unisce naturalmente o artificialmente alla cosa (6), tutto ciò, che la siegue, e vi si aderisce per modo da fare con essa un sol tutto. Su questo punto si troverà nel nostro *Comentario della vendita* dei dettagli, dei quali si potrà giovarsi qui(7).

Il dritto romano offre ugualmente numerosi testi, che attestano la cura, con la quale i giureconsulti rischiaravano le loro teorie con una attenta pratica (8).

Si scorge essere il momento della morte, quello, che si deve considerare per fissare l'importanza della cosa. Poco importa, che il testatore abbia aumentato il valore dell' oggetto legato con accessioni posteriori al testamento,

(1) *Ad Pand.*, l. 20, t. II, n. 27.

(2) Il mio *Comm. de'privil. ed ipoteche*, t. II, n. 432 *ter*.

(3) Il mio *Comm. de'privil. ed ipoteche*, t. I. n. 323.

(a) Articoli 798 e 1997 delle Leggi civili. *Il trad.*

(b) Articoli delle Leggi civili sopracitate. *Il trad.*

(4) Tom. I, n.i 323 a seg.

(c) Corrisponde all'art. 972 delle Leggi civili, senonchè invece del « donante » nel nostro articolo è detto il « testatore » — cioè — « dal giorno della morte del « testatore ».

(5) Art. 536 del C. Nap. (*)

(6) Art. 546 del C. Nap. (**)

(* Articolo 461 delle leggi civili. *Il traduttore.*

(**) Art. 471 delle leggi civili. *Il traduttore.*

(7) N. 323.

(8) Così la legge 2, § 2, del Digesto, *Si servitus vindicetur*, cita l'esempio seguente: « *Si medii loci usufructus legatur, iter quoques equi.* » (Ulpiano, l. 17 *ad Edictum.*)

Aggiungi Instit., *De legatis*, § 19. Ulpiano, l. 52, § *ult.*, D., *De legat*, 3° Giavoleno, l. 100, § 3, D., *De legat.*, 3. Scevola l. 102, § 3, D., *De legat.*, 3. Marcello, l. 15, § I. D., *De usu et usufr. leg.* Ulpiano l. 44, § *ult.* D., *De legat.*, 1° Proculo, l. 15. D. *De tritico. vin. vel. ol. legat. Vide etiam* D., tit. *De instit. vel inst. legato.* Consultare le *Pandette* di Pothier, t. II, p.338, n.i 329, *legatis*, Mantica. *De conject. ult. volunt.*, l. 9, t. II, Voet, *De legatis*, n. 48 e seg., e *De action. empti et venditi*, n.i 4 e seg. Ricard, part. 2, n.i 124 e seguenti.

Digitized by Google

perchè l' accessorio siegue il principale, e non dev'essere in una diversa condizione. Gli accrescimenti fatti alla cosa legata dopo del testamento non debbono rimanere estranei al legatario, che sol quando hanno un'esistenza per se stessi, e possono esistere separatamente e senza l' oggetto legato (1).

1932. Malgrado le disposizioni del codice Napoleone sul diritto di accessione, può nondimeno sorgere il dubbio in qualche caso per riconoscere se una cosa deve seguire come accessorio l' obbietto principale; allora bisogna ricercare nella volontà del testatore qual è la latitudine, che ha voluto dare al suo legato. S' interroga il suo pensiero, si pesano le sue espressioni, e si consultano gli usi dei luoghi, se ve ne sono (2).

1933. Abbiamo fatta di già l' applicazione di questi principi nell' esaminare qual è la latitudine, che bisogna dare ad un legato di mobili (3) secondo le clausole ed i termini, dei quali il testatore si è servito. E si è veduto, che quali si siano le regole contenute negli art. 523 e seguenti (a), debbono piegare ogni volta, che appare contraria l'intenzione del testatore.

1934. Arrivismo al secondo punto deciso dal nostro articolo. La cosa legata, dovendo essere consegnata nello stato, in cui si trova nella morte del testatore, ne siegue, che le deteriorazioni, che in questa epoca l'hanno colpita, debbono essere sopportate dal legatario.

Ma se posteriormente all'apertura della successione la cosa legata soggiace a dei deterioramenti, bisogna fare allora delle distinzioni.

Un primo caso, che si presenta, è quando il deterioramento è avvenuto per forza maggiore; allora tanto peggio pel legatario, perchè: *Res perit domino* (4).

Un secondo caso si verifica, quando l'erede essendo messo in mora, la cosa è stata deteriorata anche per forza maggiore. Allora, se questo deterioramento non sarebbe nello stesso modo arrivato nelle mani del legatario, l'erede n' è responsabile, perchè è il caso di applicare la massima: *rem post moram factam perire moratori*. Ma se l' evento fortuito sarebbe sopravvenuto nelle mani del legatario, come in quelle dell' erede, allora quest' ultimo, comunque costituito in mora, non risponde della forza maggiore (5).

Da ultimo un terzo caso può anche aver luogo, quando prima della domanda del rilascio la cosa legata è stata deteriorata per colpa dell' erede, che o' era detentore.

Non ripeteremo su tal subbietto tutto ciò, che abbiamo detto sulla teoria delle colpe e sul sistema del codice, e ci limitiamo a rinviare su questo punto ai nostri precedenti *Comentari della vendita* (6) e della *locazione* (7). Avviene dell' erede come del venditore e del locatario, vale a dire, che è tenuto a tutte le cure di un buon padre di famiglia nella conservazione della cosa.

Tra le cause della perdita della cosa legata ve ne sono due, che dubbiamo qui notare; l' incendio ed il furto.

La quistione di conoscere in qual caso l' erede n' è responsabile, si trova risoluta dalle osservazioni, che abbiamo sviluppate nei nostri *Comentari della vendita* (8) e della *Locazione* (9).

1935. Un' altra conseguenza della regola stabilita dal nostro articolo, che la cosa deve essere rilasciata nello stato, in cui si trova nel giorno della morte, è che per determinare la importanza del legato bisogna considerare il tempo della morte e non quello del testamento; per esempio il legato di un gregge comprende gli animali, che ne fan parte in tempo della morte; anche quando fosse stato annientato per degli acquisti, o diminuito per delle perdite posteriori al testamento (10).

ARTICOLO 1019 — (973)

Quando colui, che ha legato la proprietà di un immobile, l'ha poi accresciuta per degli acquisti, questi acquisti, siano anche contigui, non saranno riputati di fare parte del legato senza una nuova disposizione.

Sarà diversamente degli abbellimenti o delle nuove costruzioni fatte sul fondo legato, o di un recinto, del quale il testatore avesse ampliato il circuito (b).

SOMMARIO

1936. Degli aumenti, che non sono considerati come accessori della cosa legata.

1937. Regola stabilita dal Codice, quando il testatore accresce con degli acquisti l'immobile legato.

(1) Art. 1019. *Infra*, n. 1936.

(2) Marcello, l. 69, § 1, D., *De legat.*, 3 Paolo, l. 18, § 3, D., *De istit. vel inst. leg.* Domat, *Leggi civili* l. 4, t. II, sez. 4. n. 3. V. un arresto della corte di Parigi, de'12 aprile 1833 (Devill., 33, 2, 306), che decide, che un legato di un fondo di commercio ha potuto comprendere i dritti, crediti, e ricuperamenti, che ne dipendono.

(3) N.i 1850 e seg.

(a) Leggi civili art. 458 e seguenti. *Il trad.*

(4) V. sulla forza maggiore ciò che abbiamo scritto nel nostro *Comentario della locazione* n.i 204 e seg. e nel nostro *Comentario della vendita.* n.i 360 e seg.

(5) *Comment. della vendita* n. 403.

(6) N.i 361 e seg.

(7) N. 345.

(8) N. 404.

(9) N. 224.

(10) Ulpiano, l. 21, D., *De legat.*, 1° Pothier, *Pand.*, t. II, p. 335 e 336, n. 316.

(b) Uniforme a quest'art. è l'art. 873 delle Leggi civili. *Il trad.*

1938. Del caso, in cui il testatore ha legato tutti i suoi beni immobili siti nella tale città.
1939. Un tale legato deve restringersi alle cose possedute in tempo del testamento.
1940. È diverso degli abbellimenti o delle costruzioni sul fondo legato.
1941. *Quid.* dell'aumento di circuito di un recinto.

COMENTARIO

1936. Questo articolo che per dire il vero concerne il caso particolare, è fondato su di un caso generale, cioè che il legato comprende gli accessori necessarii, che esistono in tempo della morte(1), ma non comprende gli annessi, che possono esistere indipendentemente dalla cosa legata (2).

Per ben comprendere questa regola bisogna rammentarsi, che se la cosa legata dev' essere rilasciata al legatario nello stato, nel quale si trova in tempo della morte, anche con gli accrescimenti, che hanno potuto sopravvenire dopo l'epoca del testamento, e che fanno parte integrale della cosa, avviene altrimenti, quando le cose aggiunte dal testatore alla cosa legata dopo del testamento non fanno parte integrale di questa cosa, e sussistono da loro stesse. In quest' ultimo caso questi annessi rimangono fuori del legato, nè sono riputati di essere stati compresi dal testatore in una disposizione fatta prima di questo nuovo aggiustamento; pure occhè le parole per *praesens tempus*, delle quali il testatore si è servito, non si estendono al futuro(3), ma abbracciano soltanto il presente.

Tale distinzione concilia parecchie leggi del Digesto, che a primo colpo d'occhio sembrano opposte tra loro; ed hanno imbarazzato gl' interpreti (4). Essa, come si vede, è semplicissima, nè può esservi imbarazzo, che sulla quistione di sapere, se l' accrescimento sopravvenuto dopo del testamento è o no un vero accessorio (5).

1937. A tal riguardo il codice si è occupato di un caso, che non era senza difficoltà, ed è quello, in cui il testatore ha aumentato coo degli acquisti l' immobile legato.

Nell' antica giurisprudenza si faceva dipendere la decisione di questo punto dalla valutazione delle circostanze, e soprattutto dalle induzioni, che potevano risultare dal modo, col quale il testatore aveva posseduta la cosa dopo del testamento (6). Se per esempio il testatore (7) avesse posseduto separatamente la cosa, nuovamente acquistata, il legatario del fondo principale non avrebbe potuto pretendervi. Ma se l' avesse aggregata all' immobile, e posseduta come una sua dipendenza si decideva, esser essa un annesso, che doveva profittare al legatario, presso a poco come un ammasso di terra o un alluvione.

Il codice ha voluto prevenire tutti gl' imbarazzi, decidendo, che quando quegli, che ha legato la proprietà di un immobile, l' ha in seguito aumentata con degli acquisti, questi acquisti, fossero anche contigui, non saranno riputati senza una nuova disposizione di fare parte del legato. Ed in effetti questi acquisti hanno, come immobili, un'esistenza indipendente dalla cosa legata. Occorre una disposizione speciale per poterli riguardare come parti del legato.

1938. Questa regola del nostro articolo è stata anche dalla giurisprudenza applicata in un caso, in cui il testatore aveva legato tutti i suoi beni immobili siti in una tale città.

Bazerque aveva legato alla sua donna di servizio tutti gl' immobili situati nella città di Jarbes, servendosi di questa formola: gl' immobili che possiedo nella città di Jarbes. » All' epoca della confezione del testamento Bazerque possedeva in Jarbes una sola metà di casa; dopo ha acquistato l' altra metà. Dopo della sua morte la sua legataria avendo sostenuto di aver dritto alla totalità della casa, la sua pretensione è stata rigettata con arresto della corte di Pau dei 26 di giugno 1824 (8). La corte ha considerato, il legato fatto dal testatore, non essere che un legato particolare(9), e che giusta le espressioni, delle quali si era servito il testatore (10) (espressioni, che l'arresto fortificava col ravvicinamento di altre clausole del testamento), Bazerque non aveva voluto legare di una maniera precisa, se non quello, di cui era in possesso nel momento, in cui testava. Infine la corte fonda la sua decisione in

(1) Art. 1018 del C. Nap. (a).
(2) *Sopra*, n.° 1931 e seg.
(3) Scevola, l. 33, § 1, D., *De legat.* 3.° Scevola, l. 28, § 2, D., *De liber. legat.* Paolo, l. 7, D., *De auro.*
(4) Pomponio, l. 24, § 2, D. *De legat.*, 1.° Giovolena, l. 10, D., *De legat.* 2°. Scevola, l. 28, § 6, 14, *De lib. legat.* Scevola, l. 31, § 4. D., *De lib legat.* Celso, l. 20, D, *De legat.*, 2.° Giavoleno, l. 39, D., *De legat.*, 2.° Merlin, Repert, v° *Legato*, sez. 4, § 3, n. 16, p. 334.
(5) N.° 1932 e seg.
(6) Arresto d'Aix de'21 ottobre 1570 (Duperrier). — Merlin, Repert., v° *Legato*, p. 334.
(7) Pomponio, l. 24, § 2, D., *De legat.*, 1.° Giavoleno, l. 10, D., *De legat.*, 2.° — (Duperrier), arresto del parlamento di Provenza de' 22 marzo 1580. — (Brillon) arresto del parlamento di Parigi de'5 giugno 1709. V. Merlin, Repert, v° *Legato*, p. 334.
(8) Devill., 7, 2, 391.
(9) *Sopra*, n. 1849.
(10) *Sopra*, n. 1936. V. le leggi citate in nota sul senso delle parole *per praesens tempus.*

(a) Leggi civili art. 972. *Il traduttore.*

dritto su che, giusta il nostro articolo, la cosa acquistata dopo del testamento ed aggiunta all' immobile legato, non è riputata data al legatario, che quando il testatore ne ha positivamente espresso la intenzione.

1939. Si rimarcherà, che questo arresto decide, secondo le circostanze della causa, che il legato degl' immobili situati in un tal luogo, non comprende gl' immobili acquistati nel medesimo luogo dopo del testamento. Si può andare più lungi, e dire,che in generale, e tranne non volontà contraria, un tale legato deve limitarsi a le cose possedute nel tempo del testamento (1).

Questa decisione discende dalla combinazione del nostro articolo con l' articolo precedente. Giusta il nostro articolo il testatore è riputato non avere voluto legare in un legato particolare,che ciocchè possedeva nel momento del testamento, a menochè non si fosse servito di parole, che si riferissero al futuro (2). Da un altro lato giusta l'art. 1018 solamente quando si tratta di un accessorio necessario, che non ha un' esistenza distinta, bisogna avere riguardo allo stato della cosa nel momento della morte.

1940. La regola dell' art. 1019 piega nel caso, in cui degli abbellimenti o delle nuove costruzioni sono state fatte sul fondo legato. Perocchè tali cose sono un accessorio, che da per tutto sieguono il principale, ed il legato *plenius restituitur fideicommissario*, per servirmi delle espressioni di Pomponio (3).

Ciò decideva Giavoleno nella seguente legge « *Si areae legatae post testamentum factum* « *aedificium impositum est, utrumque debe-* « *bitur et solum et superficies* ». (4) Ulpiano dà la medesima soluzione « « *Si areae lega-* « *tae domus imposita sit, debebitur legata-* « *rio, nisi testator mutavit voluntatem* (5).

Sono da rimarcarsi queste ultime parole « *Nisi testator mutavit voluntatem* », perocchè provano, che l'effetto legale dell'accessione e dell'incorporazione (art. 552,C. civ. (a)) deve cessare unicamente per virtù di una volontà certa, espressa dopo del testamento.

Può anche avvenire, che risulti dallo stesso testamento, il testatore non avere voluto legare, che il nudo suolo senza le costruzioni, che già aveva in progetto nel tempo della sua ultima disposizione; verranno consultate le clausole del testamento (6), ma nel dubbio si starà alle regole dall'accessione ed al testo del nostro articolo, fortificato dall'art. 552 (b) del cod. Napoleone (7).

1941. Quando la cosa legata è un recinto, ed il testatore ne ha aumentato il circuito, è chiaro di avere voluto rendere più considerevole il legato, comechè un recinto è una cosa, che comprende in un limite preciso ciocchè vi si trova racchiuso (8).

Articolo 1020 — (974)

Se prima del testamento o dopo la cosa legata è stata ipotecata per un debito della successione, o anche pel debito di un terzo, o s' è gravata di un usufrutto, quello, che deve soddisfare il legato, non è obbligato di riscattarla, tranne che non sia stato incaricato di farlo mercè una espressa disposizione del testatore (c).

SOMMARIO

(1) Cassaz., 10 giugno 1835 (Devill , 1836, 1, 43).
(2) Le leggi citate *sopra*. n. 1754. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 341, n. 93, *De legatis*.
(3) L. 16, D., *De legat.*, 3.
(4) L. 39, D., *De legat.*, 2.° Pothier , *Pand.*, t. II, p. 336, n. 316.
(5) L. 44 , § 4, D., *De legat.*, 1.° *Aggiungi* su questa medesima quistione, in quanto all'estensione dell' ipoteca, l. 21, D., *De pign. act.* L. 10, § 1, D., *De pignor. et hypot.* V. il mio *Coment. de' privilegi ed ipoteche*, t. II, n. 399.
(a) Art. 477 delle Leggi civili. *Il traduttore.*
(6) Duranton, t. IX, n. 267.
(7) *Contra*, Vazeille, n. 5, sull'art. 1019. Poujol, n. 4, sull'art. 1019.
(8) V. sulla definizione del recinto la legge de' 6 ottobre 1791, sez. 4, art. 6.
(b) Art. 477 delle leggi civili. *Il traduttore.*

(c) L'art. 974 delle Leggi civili , che corrisponde a quest'art. 1020 del Codice Napoleone contiene due comma. Il primo è esattamente simile al detto art. ; il secondo è così concepito.

« Ma se per effetto dell'azione ipotecaria il legatario « sarà obbligato a pagare il debito, di cui era gravato « il fondo legato, egli subentrerà nelle ragioni del cre- « ditore contra gli eredi e successori a titolo universa- « le. Lo stesso avrà luogo parimenti a favore del lega- « tario particolare in usufrutto,il quale se viene forzato « a pagare i debiti , per cui il fondo è ipotecato , avrà « lo stesso regresso contra l'erede proprietario del fon- « do nel modo spiegato nell'art. 537 ».

Nella prima parte di questo secondo comma è trasfuso l'art.874 del Codice Napoleone, ch'è soppresso nelle nostre Leggi civili. (Vedi la mia nota (b) nella pagina seguente). *Il traduttore.*

COMENTARIO

1942. Il nostro articolo si occupa del caso, nel quale la cosa legata è stata gravata dal testatore prima o dopo del suo testamento d'una ipoteca e d'un usufrutto, e decide, che questi pesi sieguono l'immobile nelle mani del legatario, giusta la regola, dover essere la cosa rilasciata nello stato, in cui si trova nel giorno della morte del testatore (1).

Taluae osservazioni sono necessarie per fare ben comprendere il vero senso di quest'articolo e le conseguenze, che deve avere relativamente al legatario ed all'erede, obbligato di rilasciare il legato.

Parliamo dapprima dell'ipoteca.

1943. Il debito della successione, per lo quale la cosa legata si trova ipotecata, non è un debito personale del legatario, come lo vedremo nell'art. 1024, comechè sia sulla testa dell'erede, che vi è personalmente obbligato, e ch'è la persona obbligata a farne il pagamento. Però è possibile, che la scadenza di questo debito non sia peranco verificata per effetto di un termine più o meno lungo; ed in tal caso il legatario non ha dritto di dimandare, che l'erede renda libera la cosa nel momento, in cui gliela rilascerà. Deve sopportare il peso dell'ipoteca sino a che il dritto del creditore si sia aperto, nel qual caso se costui agisce ipotecariamente contra di lui, può usare del benefizio dell'art. 874 del codice Napoleone (a), per obbligare l'erede, debitore personale, ad assumere il peso della lite, ovvero esercitare un regresso contra di lui, se invece sua ha pagato (b).

Anche quando il debito è esigibile, se avviene, che il creditore non agisca per essere pagato (il che talvolta può aver luogo nel caso di una liquidazione difficile e contestata) il legatario non ha dritto di costringere l'erede a liberare la cosa, ma deve attendere in questo caso, come nel precedente, l'azione del creditore. Per esempio supponiamo, che un marito leghi una casa, sulla quale graviti l'ipoteca legale di sua moglie, ch'egli venga a morire, e che la liquidazione si protragga per effetto di discussioni tra la sua vedova ed il suo erede; il legatario si mostrerebbe troppo impaziente e troppo difficile, se volesse, che l'erede liberasse sul momento l'immobile legato dall'ipoteca della moglie, ma il tempo per elevare la sua voce sarà quando sarà perseguitato dall'azione ipotecaria, e prima gli basta di avere tutt'i suoi dritti intatti e riservati dall'art. 874 (2).

Tal'è la disposizione precisa del nostro articolo.

1944. Non era lo stesso nel diritto romano (3).

I giureconsulti pensavano, che il testatore aveva voluto essere liberale senza restrizione, e poichè aveva preferito il legatario all'erede, bisognava conchiuderne, dover il secondo risparmiare al primo le inquietudini e gl'imbarazzi di un'azione ipotecaria, per lo che decidevano, dover essere la cosa rilasciata al legatario libera e purgata. Ma forse si esagerava con questo la volontà del testatore. Il nostro articolo non ha creduto di dovere andare così lontano, e vuole, che il testatore spieghi con una disposizione speciale, essere sua intenzione, che l'erede riscatti la cosa; altrimenti il legatario deve sopportare come terzo possessore il peso dell'ipoteca.

1945. Il nostro art. prevede un secondo caso, ed è quello, in cui il testatore prima o dopo del testamento ha gravato di un usufrutto la cosa legata. Il legatario deve sopportare quest'usufrutto, ch'è una diminuzione del suo legato ed un peso reale, che segue la cosa nelle sue mani. Il testatore, che avrebbe potuto alienare la cosa e con ciò annullare il legato(4), ha potuto con più forte ragione diminuirne l'emolumento, imponendovi un usufrutto, ed il legatario non ha verun regresso contra l'erede per farsene sgravare o indennizzare (5).

Su questo punto, come sul precedente, le leggi romane venivano in soccorso del legatario (6), e volevano, che l'erede riscattasse l'usufrutto. Ma questa decisione, che faceva sorgere molti dubbi nella giurisprudenza francese (7), è stata respinta con ragione dal nostro articolo.

Da una parte non è sempre facile di ese-

(1) Art. 1018 del C. Nap.

(a) Quest'articolo manca nelle nostre Leggi civili. (V. la nota seguente). *Il traduttore.*

(b) Abbiamo veduto, che questo dritto è testualmente accordato al legatario dal secondo comma dell'art. 974 delle LL.CC. Nella prima parte di questo secondo comma è trasfusa la disposizione dell'art. 874 del codice Napoleone, il quale contiene. — « Se il legatario particolare « ro soddisfi un debito, che graviti sull'immobile lega« to, subentra ne'diritti del creditore contra gli eredi o « successori a titolo universale ». *Il traduttore.*

(2) Art. 1024 del C Nap. (*) *Infra*, n 1988.

(3) Paolo, *Sentenze*, l. 3, *tit.* 6. *De legat.*, § 8. Paolo, l. 83, D., *De legat.* 2.° Ulpiano, l. 57, D, *De legat.* 1.° Alessandro, l. 6, C, *De fideicomm.* Pothier, *Donat. testam.*, cap. 5, sez. 3, art. 1, § 4. Pothier, *Pand*, t. II, p. 334, n. 312.

(4) Pomponio, l 24, § 3, D., *De legat.*, 1.° Pothier, *Pand*, t II, p. 336, n. 317.

(5) V. l'art. 611 del C. Nap.(**) combinato col nostro articolo.

(6) Marcello, l. 26. D., *De legat.*, 2.° Papiniano. l. 66, § 6, D., *De legat.*, 2.° Papiniano, l. 76, § 2, D., *De legat.*, 2.° Pothier, *Pand.*, t. II, p. 334, n.i 312, 313.

(7) Pothier, *Donat. testam.*, cap.3, sez.3, art.1, n.4.

(*) Articolo 979 delle Leggi civili. *Il traduttore.*

(**) Art. 533 delle leggi civili. *Il trad.*

guire il riscatto di un usufrutto; da un'altra parte è evidente, che il testatore non ha inteso, all'infuori di una disposizione espressa, che questo riscatto fosse un'obbligazione imposta all'erede.

1946. Il nostro articolo non si occupa del caso di una servitù, ma quanto decide per l'usufrutto si applica *a fortiori* alla servitù stabilita sulla cosa legata. Il dritto romano (1) e l'antica giurisprudenza così decidevano. I dritti di servitù, dice Pothier, non impediscono, che il legatario non sia veramente immesso *in vacuam rei possessionem* (2).

Articolo 1021 — (975)

Quando il testatore avrà legato la cosa altrui, il legato sarà nullo, sia che il testatore abbia conosciuto oppur no, che essa non gli apparteneva (a).

SOMMARIO

1947. Del legato della cosa altrui in dritto romano.
1948. Del legato della cosa altrui sotto del codice.
1949. Il legato della cosa comune è in parte legato della cosa altrui.
1950. Eccezione nel caso preveduto dall'art. 1423 del codice Napoleone.
1951. Al di là di quest'eccezione si reputa, che il testatore abbia avuto l'intenzione di dare la sua quota.
1952. Effetti della divisione sul legato della cosa comune.
1953. *Quid* quando la divisione ha per risultamento di fare passare la cosa nella quota dell'altro comunista.

COMENTARIO

1947. Secondo le disposizioni del dritto romano il testatore poteva legare non solamente quello, che gli apparteneva, ma anche quello, che apparteneva al suo erede o a qualunque altra persona (3).

La disposizione di una cosa, appartenente all'erede, era buona ed efficace, o che il testatore pensasse appartenere la cosa all'erede, o che pensasse appartenere ad esso testatore (4). L'erede era allora obbligato di fare il rilascio al legatario.

Il testatore poteva inoltre legare la cosa altrui; in questo caso l'erede era obbligato di comprare la cosa legata, se lo poteva facilmente, altrimenti dovea pagarne la stima giusta (5).

Ma onde il legato della cosa altrui fosse buono, e che l'erede fosse obbligato di acquistarla e di pagarne il valore, bisognava, che la cosa legata fosse in commercio (6).

Bisognava ancora, che il testatore sapesse, che la cosa legata non gli apparteneva, perchè allora si vedeva, che aveva voluto gravare il suo erede di pagarne la stima o di acquistarlo.

Che se il testatore aveva creduto, essere la cosa sua, il legato non valeva, e si riputavo fatto per errore; del che la legge dava questa ragione, cioè che si è molto più inclinato a donare la cosa propria, che o gravare la sua successione dell'acquisto della cosa altrui, e che per conseguenza bisognava, che l'intenzione contraria risultasse chiaramente dalla circostanza, che il testatore sapeva, che la cosa non gli apparteneva (7).

Nulladimeno se il legato della cosa altrui era fatto *proximae vel conjunctae personae*, il legato valeva, quantunque il testatore fosse nella credenza di appartenergli la cosa (8). La legge 35, D., *De procurat.* spiega quello che si deve intendere per persone congiunte (9).

Non si poteva legare al legatario una cosa, che gli apparteneva nel momento della confezione del testamento, perchè, *quod meum est, meum amplius fieri non potest*.

Ma se la cosa, che non gli apparteneva nel momento del testamento, era divenuta sua proprietà alla morte del testatore, si distingueva, se si era acquistata a titolo gratuito o a titolo o-

(1) Papiniano, l. 66, § 6, e l. 76, § 2, D., *De legat.*, 2.°

(2) Pothier, *Donat. testam.*, cap. 5, sez. 3, art. 1, § 4.

(a) Quest'articolo è uniforme all'art. 975 delle Leggi civili. *Il traduttore.*

(3) Cajo, *comm.* 2, § 202. Ulpiano, *Reg.*, l. 24. § 8. *Instit.*, *De legat.*, § 4.

(4) Papiniano, l. 67, § 8, D., *De legat.*, 2.° Pothier, *Pand.*, t. II, p. 294, n. 126.

(5) Cajo, *comm.* 2, § 202. *Instit.*, *De legat.*, § 4. Celso, l. 30, § *ultim.*, D., *De legat.*, 2.° Pothier, *Pand*, t. II, p. 294, n. 126, *e* p. 300, n. 341.

(6) *Instit.*, *De legat.*, § 4. Ulpiano, *Reg.*, l. 24, § 9.

(7) Papiniano, l. 67, § 8, D., *De legat.*, 2.° Scevola, l. 36, D., *De usu et usuf. legat.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 294, n.i 125 *e* 126.

(8) Imp. Alessand., l. 10, C., *De legat.* Pothier, *Pand.*, *loc. cit.*, n. 124.

(9) *Aggiungi* Furgole, cap. 7, sez. 1, n. 51. Menochio, l. 4, *Praesumpt.*, 110, 117, 118. Barbeyrac su *Puffendorf*, *Dritto di natura, e delle genti*, l. 3, cap. 7, § 10, n. 7. Merlin, Repert., v° *Legato*, sez. 3, § 3, p. 312.

neroso. Nel primo caso era inutile il legato; nel secondo il legatario poteva dimandarne il valore, perchè non si considerava aver egli quella cosa, della quale aveva pagato il valore, *quia videtur res ei abesse, cui pretium abest* (1).

1948. Il nostro codice ha seguito altri principi. Il legato della cosa altrui è nullo, sia che il testatore abbia conosciuto oppur no, ch'essa non gli appartenera.

Per cosa altrui si deve intendere senza difficoltà la cosa dell'erede (2).

Nonpertanto la disposizione della cosa altrui sarebbe valida, se fosse fatta sotto forma di peso o di condizione. Per esempio, dono a Tizio l'universalità de' miei beni, se dà a Sempronio la proprietà di Cony; codesta disposizione è valida, perchè è un peso come tutti gli altri, e si reputa, esservisi l'erede sottoposto (3), nè potrebbe egli profittare della liberalità senza adempiere il peso: *non debet circumveniri testantium voluntas* (4)

1949 La cosa comune è in parte cosa altrui, di tal che il socio, che la toglie, commette un atto punibile (5). D'onde siegue, che il legato di una tal cosa non vale, che per la parte spettante al testatore, ed è nullo per lo rimanente. Ed è da rimarcarsi, che nel dritto romano, che autorizzava il legato della cosa altrui, si aveva per fermo, che il legato della cosa comune non si estendesse, che alla parte, della quale il testatore era proprietario (6).

1950. Si trova una modifica a questa regola nell'artic. 1423 del codice Napoleone (a), che fa valere per lo intiero il legato di un effetto della comunione fatto dal marito. Benchè quest'ultimo non abbia, che una metà nella comunione ed in tutti gli oggetti, che la compongono, vuole nullaindimeno la legge, che la disposizione, ch'egli ha fatto di uno di questi oggetti a favore di un legatario, sussista per lo intiero. Abbiamo data altrove la spiegazione di questo punto di dritto (7), ch'è una derogazione al dritto comune. Il marito, benchè quotista nella comunione, ne è nulladimeno in differenti punti signore e padrone, il perchè non si può dire assolutamente, aver egli disposto della cosa altrui; d'altronde ha potuto supporre, che sua moglie rinunziasse alla comunione; da ultimo ha potuto sperare, che per effetto della divisione la cosa cadesse per la totalità nella sua quota. In conseguenza l'art. 1423 decide due cose; la prima, che se la previsione del marito si realizza nel senso, che la cosa legata cade nella sua quota per effetto della divisione, questa cosa dev' essere rilasciata per intiera al legatario; la seconda, che se viene a ricadere alla moglie, il legatario ha dritto ad essere rivaluto della totalità dagli eredi del marito.

1951. Il signor Delvincourt (8) ha pensato, estendersi questa disposizione dell'art. 1423 a tutt'i casi, ne' quali il testatore, essendo comproprietario di un'universalità, dispone di uno degli oggetti, che ne fan parte. Come per esempio, se Pietro è comproprietario per metà d'una successione, e lega a Francesco una casa, che ne dipende. Ma questo è dare all'art. 1423 un significato, che non ha. Nella specie stabilita da Delvincourt non si può dire del testatore, esser egli signore e padrone, com'è permesso di dirlo del marito. Il marito è in dritto la sola persona civile, la cui autorità sia sì piena e si estesa su delle cose comuni. Da lui in fuori, il testatore è sempre considerato di non avere voluto legare, che la sua quota, ed il legato non vale, che per la porzione, che gli spetta (9). La quale differenza è stata toccata con molta aggiustatezza in un arresto della cor'e di Metz de' 30 di marzo 1816 (10)

Per lo stesso motivo, che il testatore ha avuto soltanto l'intenzione di dare la sua quota, si deve rispettare la seguente disposizione: Primo essendo comproprietario di una mobiglia indivisa, che adobba la casa, che abita, lega a Secondo la mobiglia della sua stanza, che si è abituato a riguardarla come sua propria per l'uso, che ne ha avuto. È da rimarcarsi, che questa mobiglia non eccede la quota del testatore nella totalità della mobilia comune, che guarnisce la casa. In questa circostanza non si deciderà, che il legato della mobiglia della stanza vale soltanto per la metà di questa mobiglia, ma è valido per lo intiero, perchè tal'evidentemente è stata la volontà del testatore. Indarno direbbesi, esservi in questo un legato della cosa altrui; per lo contrario bisogna rispondere, non avere inteso il testatore di eccedere i limiti del suo dritto proprio, dapoichè quello, che ha legato, è di un valore in-

(1) *Instit.*, *De legat.*, § 6. Ulpiano, l. 24, § 2, *De legat.*, 1.° Papiniano, l. 66. § 1, *De legat.*, 2.°

(2) Cassaz., rig., 19 marzo 1822 (Devill., 7, 1. 41). Bruxelles, 17 ottobre 1821 (Merlin, Repert., v° *Legato*. Add, sez. 3, § 3, n. 4).

(3) Torino, 26 agosto 1806 (Devill., 2, 2, 168), Bastia, 3 febbrajo 1836 (Devill., 36, 2, 247). Cassaz., 29 marzo 1837 (Devill., 37, 1, 686).

(4) Ulpiano, l. 92, D., *De cond. et demonst.* Furgole, cap. 7, sez. 1, n. 58. Voet, *Ad Pand.*, *De legat.*, n. 26.

(5) Ulpiano, l. 45, D., *De furtis*. Ulpiano, l. 45, D., *Pro socio*. Ulpiano, l. 31, D., *Pro socio*. Cassaz. 3 novembre 1808 (Merlin, Repert., v° *Vol.* sez. 2, § 4, art. 2, n. 4, p. 819).

(6) Paolo, l. 5, §§ 1 e 2, *De legat*, 1.° Voet, *Ad Pand.*, *De leg.*, n. 28. Vinnio, *Quaest. select.*, 2, 26. Il mio *Comentario sul contratto del matrimonio*, n 912.

(a) Quest' articolo è soppresso nelle attuali Leggi civili, *Il traduttore*

(7) Il mio *Comentario sul contratto del matrimonio*, n.° 909 e seg.

(8) T. II. p. 359. *Aggiungi* Duranton, t. IX, n. 249.

(9) Coin-Delisle, n. 15, sull'art. 1021.

(10) Devill, 6, 2, 115.

feriore a quella, che in diffinitivo gli perverrà per l'effetto della divisione; egli ha fatto nel suo pensiero una imputazione della cosa legata nella parte da ritirare, e quest'imputazione così naturale vieta, che si possa vedere nella liberalità la violazione del principio consacrato dal nostro articolo (1).

È lo stesso del caso, in cui Primo lega a Secondo il secondo appartamento di una casa indivisa, appartamento, che gli serviva specialmente di dimora, e che del resto non rappresenta il valore della parte spettante a primo nella casa. Perchè non si considererebbe questo appartamento come una frazione da prendersi nella porzione, che tocca a Primo? Perchè si esiterebbe a fare una imputazione conforme alla volontà del testatore, e che non ferisce i dritti di alcuno (2)?

1952. Ora bisogna vedere gli effetti della divisione sul legato della cosa comune: o questa divisione ha luogo in vita del testatore o dopo della sua morte.

Nel primo caso supponiamo, che Pietro lega a Francesco la metà di un molino, e la metà di una tenuta, che gli appartengono per indiviso. Dopo del testamento, ma prima della morte del testatore, si fa una divisione, ed il testatore diviene proprietario della totalità della tenuta, e perde ogni dritto sul molino. Si domanda, se in questo caso il legatario potrà pretendere la totalità della tenuta, per la ragione, che la seconda metà della tenuta è l'equivalente del molino, di cui si trova privato. Bisogna rispondere, che non vi ha dritto. Da una parte il legato della metà del molino è caduco, come legato della cosa altrui, e dall'altra il legatario non può avere sulla tenuta maggiore dritto di quanto gliene è stato legato (3). Questo è il caso di applicare l'articolo 1020, secondo il quale la cosa acquistata dopo del testamento, ed aggiunta all'immobile legato, non si considera donata al legatario (4)(a).

1953. Nell'ultimo caso, vale a dire in quello, in cui la divisione ha avuto luogo dopo la morte del testatore, si presenta una ipotesi; che merita attenzione, ed è quella, in cui la divisione fa passare la cosa nella quota dell'altro comunista. In tal caso il legatario non deve perdere il benefizio del suo legato, perchè n'è stato impossessato nel momento della morte del testatore, e la divisione non potrebbe toglierlo. Supponiamo, che gli sia stata legata una casa indivisa; egli ne fa la divisione col suo condomino mercè una licitazione, che ha per risultamento di rendere aggiudicatario quest'ultimo. Se non ha la cosa, trova nel prezzo l'equivalente della metà, che gli è stata legata.

Ovvero supponiamo, che la casa, una parte della quale gli è stata legata, faccia parte di una successione indivisa, o che la divisione si faccia con gli eredi del defunto; l'attribuzione di questa casa ad un terzo per effetto della divisione, avrà per conseguenza di dargli il dritto di farsi indennizzare dagli eredi del defunto; senza di che questi ultimi si arricchirebbero a sue spese, mentre per l'opposto il testatore ha voluto preferirlo a questi medesimi eredi (5).

Qui si può invocare come argomento l'articolo 1423 del codice Napoleone. Nulladimeno vi è questa differenza tra il caso preveduto dall'art. 1423 ed il nostro, che il legatario, al quale il marito ha legato un effetto della comunione, è ricompensato per lo totale, mentre secondo il dritto comune la ricompensa è limitata alla parte, che il testatore aveva nella cosa.

Abbiamo spiegato più sopra la ragione di questa differenza (6).

(1) Rouen, 25 gennajo 1808 (*Palazzo*, 6, p. 460. Devill., 2, 2, 33).

(2) Metz, 30 marzo 1816 (Devill., 6, 2, 115).

(3) Cassaz., rig. di Poitiers, 28 febbrajo 1816 (Devill., 20, 1, 409). *Infra*, n. 2097.

(4) *Sopra*, n. 1938.

(a) Non potrebbe dirsi, che nonostante di avere il testatore espressa nel legato la metà del molino e la metà della tenuta, nel fatto egli ha voluto legare il suo dritto di proprietà indiviso sull'uno e sull'altro? Se ha parlato degl'immobili, non è stato perchè li ha considerati materialmente divisi in due parti eguali, ed ha voluto dar una parte dell'uno ed una parte dell'altra, ma perchè il dritto sulla proprietà indivisa era rappresentato da quella due metà, e perchè quella è la formola più comune e più usuale per esprimerlo. Or questo dritto indiviso non è propriamente nè la metà della cosa, nè la metà della tenuta, ma ciò, che in esito della divisione rimarrà attribuito. Ed è chiaro, che in questo legato del dritto indiviso non si trova nè un legato della cosa altrui, nè quello di una cosa, posteriormente accresciuta con un nuovo acquisto, ma puramente e semplicemente il legato di una proprietà, determinabile in quanto agl'immobili per effetto della divisione.

Che se poi l'atto, che ha fatto cessare la comunione, non sia stata una pura e semplice divisione, ma un nuovo contratto, mercè del quale i condividenti non hanno solamente diviso ma ceduto o acquistato vicendevolmente qualche cosa di quel dritto indiviso, o in qualunque altro modo modificatolo nelle sue conseguenze, se per esempio il molino e la tenuta erano esattamente divisibili in due quote eguali, e solamente per una nuova convenzione le parti hanno voluto, che l'una avesse il molino e l'altra la tenuta, allora il legato della metà dell'immobile non rimasto al testatore, sarebbe caduco per l'alienazione. *Il traduttore*.

(5) Rouen, 25 gennajo 1808 (*G. del Palazzo*, VI, p. 460. Devill., 2, 2, 33). Metz, 30 marzo 1816 (Devill., 6, 1, 115).

(6) N. 1950. *Aggiungi* Coin-Delisle, *loc. cit.* Merlin, Repert., v° *Legato*, t. XVI, p. 607.

Articolo — 1022 (977)

Quando il legato sarà di una cosa indeterminata, l'erede non sarà obbligato di darla della migliore qualità, ma non potrà darla della peggiore (a).

SOMMARIO

1954. Divisione.
1955. Del legato d'una cosa indeterminata nel dritto romano.
1956. Della legge 7, *De tritico*, nel Digesto.
1957. Perchè nel legato di una cosa indeterminata, la scelta di una cosa apparteneva al creditore, mentrechè in materia di contratti la scelta apparteneva al debitore.
1958. L'erede non può offrire al legatario una cosa della più cattiva qualità, nè essere obbligato a dare una delle migliori.
1959. Caso, in cui il legato di una cosa indeterminata divenisse un legato di ozione.
1960. Del legato di ozione.
1961. Dell'ozione conferita ad un terzo.
1962. Difficoltà quando in un legato di ozione, il testamento non ha determinato la cosa da scegliere.
1963. Il legato di ozione dà al legatario il dritto di scegliere la cosa della migliore qualità.
1964. *Quid* se più cose da scegliere venissero a perire.
1965. Della latitudine del dritto del legatario di ozione.
1966. Del termine, nel quale dev'esercitarsi il legato di ozione.— *Quid* in caso di disaccordo tra gli eredi dritto dal legatario.
1967. Del legato alternativo.
1968. A chi in questo legato appartiene il dritto di scegliere.
1969. La scelta non può versare, che sull'una o sull'altra delle cose legate. — *Quid* nel caso di perdita di una delle due cose.

COMENTARIO

1954. Il nostro articolo si occupa del legato di una cosa indeterminata. E siccome questa specie di legato ha dei numerosi rapporti col legato di ozione ed il legato alternativo, ai quali i redattori del Digesto hanno consacrato un titolo speciale, esamineremo queste specie di legati contemporaneamente al legato della cosa indeterminata.

1955. Il legato di una cosa indeterminata si chiamava in Roma legato di genere, *legatum generis* denominazione, che gli possiamo dare anche oggi (1).

Lego a Tizia una casa, un cavallo, un prato, o una dei miei cavalli, una delle mie case, uno dei miei prati.

È chiaro, che la disposizione, benchè si versi su di un obietto indeterminato, deve avere *certam finitionem*, come dicono gl'interpreti; perocchè senza di ciò sarebbe per così dire derisoria (2). Così sarebbe un legato inutile la disposizione, con la quale il testatore, nell'assenza di ogni circostanza atta a precisare esplicitamente o implicitamente i limiti della liberalità, dicesse: « Lego a Tizio del vino o del grano. » Ed in effetti questa dono può essere ridotto a dei limiti così angusti, che diviene chimerico, perciocchè l'erede, che ne è gravato, potrà soddisfarlo con una goccia di vino o con alcuni acini di grano.

1956. Non bisogna considerare come contraria a questa opinione la seguente legge 7 del Digesto, *De tritico* (3). « Un testatore aveva ordinato all'erede istituito di dare alla moglie di esso testatore *vinum*, *oleum*, *frumentum*, *acetum* ecc.... Trebazio pensava comprendere questo legato quello soltanto, che l'erede volesse dare, poichè la quantità non era determinata. Ma Ofilia, Cascellia, e Tuberone vollero, che l'erede fosse condannato a pagare tutto il vino, tutto l'olio, tutto il grano, tutto l'aceto ecc., che il testatore aveva lasciato in tempo della sua morte. » Giavoleno, che riferisce questo fatto, dice avere Labeone approvato il parere di questi ultimi.

Codesta opinione è stata seguita dai comentatori del diritto romano (4), e si spiega per mezzo del genio della lingua latina, e del senso preciso, che permette di dare alle espressioni vaghe, delle quali il testatore si è servito. Ma fra noi sarebbe difficile di dare un effetto così esteso alla disposizione, con la quale il testatore legasse del grano in generale senza

(a) Quest'articolo corrisponde all'art. 977 delle leggi civili. Precede l'artic. 976 relativo alla trasmessione del dritto di scelta all'erede ed all'irrevocabilità della scelta. — L'art. 977 è così redatto:

« Quando il legato sia di una cosa indeterminata senza diritto di scelta, l'erede non è obbligato a darla della migliore qualità, ma neppure potrà darla della peggiore ».

L'articolo 976 poi dispone:

« Quando il testatore abbia accordato la scelta sia all'erede sia al legatario, questo diritto si trasmette all'erede. Fatta la scelta non vi sarà luogo a pentimento ». *Il traduttore.*

(1) Voet, *ad Pand.*, *De opt. legat.*, n. 6.

(2) Paolo, *Sentent.*, l. 3, *De legat.*, § 13. Ulpiano, l. 71, D., *De legat.*, 1. Pothier, *Pand.* t. II, p.389, n. 15. Voet, *Ad Pand.*, *De tritico*, n. 3.

(3) Giavoleno, l. 2, *Ex posterioribus Labeonis.*

(4) Voet, *De tritico*, n.2. Mantica, *De conject. ultim. volunt.*, l. 3, t. II, n. 25 : «... *Item si frumentum indefinite legatum sit intelligitur de eo quod mortis tempore reperitur, dummodo non sit venale, ut ait Baldus in rubrica Codicis, De verborum signific.* n. 4 »

determinare la quantità, perchè « Del grano » non vuol dire « tutto il grano, che lascio » ma invece è un'espressione ristrettiva. Per lo che se delle circostanze accessorie non venissero in soccorso della volontà del testatore, penserei, che il legato dovesse essere riguardato come inutile, non avendo *certam finitionem*. Solo per una benigna interpretazione della volontà del testatore (interpretazione non respinta dal giro grammaticale della frase latina) i giureconsulti romani si sono decisi alla maggioranza per la soluzione contenuta nella legge di cui si tratta. Perocchè nei contratti, ove la volontà s'interpreta più strettamente, sono di accordo nel dire, che la stipulazione di dare del grano è inutile (1). Ma, lo ripetiamo, la lingua francese ripugna ad una tale estensione.

Del resto spesso i testamenti offriranno delle circostanze, col di cui aiuto il giudice potrà riconoscere quali abbiano potuto essere i limiti del legato nel pensiero del testatore. Se per esempio imponesse al suo erede l'obbligazione di dare del grano ad un parente o ad un domestico povero e vecchio, sarebbe naturale di credere, che il disponente ha voluto legare a questa persona una quantità annuale del grano, necessario per dargli del pane *arbitrio boni viri*.

1957. Quando un testatore fa un legato di una cosa indeterminata, come per esempio quando dice: « Lego a Tizio uno dei miei « quattro cavalli », la scelta appartiene all'erede.

Non era lo stesso nel dritto romano, e secondo la legislazione di Giustiniano la scelta apparteneva al legatario, se il testatore non aveva ordinato altrimenti (2).

Si è dimandato perchè il diritto romano non applicava a' legati la stessa regola de'contratti; perchè in quest'ultimo caso la scelta apparteneva al debitore, mentre in materia di legati la scelta spettava al creditore, vale a dire al legatario?

La ragione secondo Voet (3), si è, che nei contratti è obbligata solomente la persona, e che la cosa, tranne delle stipulazioni in contrario, non è obbligata a nulla. Ma ne'legati secondo il dritto nuovo la cosa legata è talmente affetta al legatario, che può dimandarla con azione reale. Ora per esercitare l'azione reale, bisogna necessariamente, che indichi la cosa, che deve formarne l'obietto. Ed ecco perchè Giustiniano ha dato al legatario la facoltà della scelta.

Ma è questa spiegazione ben convincente? Il sig. Merlin (4), l'approva pienamente, nè può farsi a meno di convenire, ch'essa presenta il più specioso modo di legittimare la legislazione, che i romani ci hanno su questo punto legata. Nonpertanto essa non soddisfa pienamente l'animo, comecchè l'azione di vendicazione non può essere esercitata per ogni sorte di legato, non avendo luogo ne'legati di fatto, di credito, di quantità (5). Epperò come si può porre di accordo la spiegazione di Voet con le specie di legati, che ripugnano all'azione vindicatoria? D'altronde che male vi sarebbe, che il legatario prendesse la scelta dell'erede, vale a dire del debitore, prima di esercitare la sua azione reale, quando puole aver luogo? Per lo che non senza ragione alcuni gravi giureconsulti, criticando la disposizione del dritto romano, hanno pensato, essersi derogato per un capriccio puramente arbitrario a'principi de'contratti sulla scelta delle cose alternative. La ragione vuole, che nel dubbio si favorisca il debitore: *haeredi parcendum*. Il codice Napoleone si è mostrato più conseguente, e rimettendo all'erede l'opzione, che altravolta apparteneva al legatario, si è conformato ai principi del dritto comune, secondo il quale il dubbio s'interpreta sempre a favore del debitore (6).

1958. Nondimeno l'erede non potrebbe offrire al legatario di una cosa indeterminata un obietto della più cattiva qualità, del pari che non è obbligato a dargliene una della migliore.

Il dritto romano nell'accordare in questo caso al legatario il dritto di scegliere, aveva di già consacrato questa regola: « *id esse obser-* « *vandum, ne optime nec pessimus accipi-* « *tur* (7). »

1959. Ma se per una disposizione speciale il testatore togliesse la scelta all'erede, dandola al legatario, potrebbe questi dimandare una cosa della migliore qualità? Questo in tal caso non sarebbe più un legato di cosa indeterminata, ma un vero legato di ozione. Prima di risolvere una tale quistione importa di esaminare la natura ed il carattere del legato di ozione.

1960. Il legato di ozione o di elezione sembra di essere stato frequentemente adoprato ne'testamenti de Romani, e si trova nel Digesto un titolo molto lungo su questa materia (8).

Questo legato ha luogo, quando il testatore dà al legatario il diritto di scegliere uno o più cose, che gli lascia, come per esempio:

(1) Marcello, l. 94. *de verb. obligat.*
(2) « ... *Electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit.* » (*Instit.*, *De legat.*, § 22). Voet, *De opt. legat.*, n. 2, Mantica. *De conject ult. vol.* 9, 3, 27.
(3) *Loc. cit.*, n. 6.
(4) Repert., v° *Ozione*, § 1, p. 824.

(5) Voët, *Ad Pand.*, *De legat.*, n. 39.
(6) Art. 1162, 1190, 1246 del C. Nap.
(7) Ulpiano, l. 37 *proem.* D., *De legat.*, l. Africano, l. 110, D., *De legat.* ; Pothier, *Pand.*, t. II, p. 389, n. 18, Voet, *De opt legat.*, n. 6.
(8) « .. *De optione vel electione legata* » (Voet, *De hoc tit.*)

« Lego a Tizio gli oggetti, ch'egli sceglierà ».

Differisce dal legato di genere, comechè in questo ultimo legato l'ozione è sottintesa, mentre nel legato di ozione essa è formalmente espressa (1).

1961. L'ozione può essere conferita ad un terzo, come quando dico: « Lego a Tizio i cavalli, che Sejo sceglierà. »

Secondo il dritto delle pandette questo legato era considerato come soggetto alla condizione; *si optaverit*; e conseguentemente era dovuto soltanto dal giorno, in cui il gratificato aveva fatta la sua scelta, o dal giorno, in cui il terzo, al quale il testatore aveva confidata l'elezione, si era pronunziato. Donde si conchiudeva, che la facoltà di scegliere non passava all'erede del legatario, se quest'ultimo veniva a morire prima di avere scelto.

Giustiniano(2) non volle più, che questo legato fosse riguardato come condizionale, decise, che sarebbe dovuto dal giorno della morte del testatore, e che il diritto di scegliere passerebbe all'erede del legatario, se quest'ultimo fosse vivente nell'apertura della successione. E pel caso, in cui la scelta essendo rimessa ad un terzo, questo terzo venisse a morire prima di avere scelto, ordinò, che il legato non fosse caduco, e che il legatario avesse il dritto di fare conoscere la sua scelta, purchè non la facesse cadere, che su di una cosa di qualità ordinaria.

Questa decisione era seguita nel dritto antico, e deve fare la regola del dritto nuovo (3). Indarno direbbesi, che nel caso di vendita la morte o il rifiuto del terzo designato per fissare il prezzo fa svanire la convenzione, dapoichè bisogna rispondere, che la posizione del legatario non è la stessa di quella del compratore e del venditore. Nel caso di vendita, quando il terzo designato non può o non vuole intervenire, è sempre in facoltà del venditore e del compratore di fissare tra loro il prezzo della cosa mercè una nuova convenzione, mentre se si tratta di un legato, nel quale l'ozione è stata conferita ad un terzo, che non vuole o non puole pronunziarsi, la morte del testatore non permette più di modificare il legato con una nuova disposizione (4).

1962. Quando il testatore ha determinato il numero delle cose da scegliere, la disposizione non può presentare veruna difficoltà, ma se questo numero è indeterminato, quale sarà la latitudine, che si dovrà dare al legato? Per esempio: « Lego a Tizio quei miei cavalli, che sceglierà ».

La legge 1, D., *De option. legat.* formata da un rescritto di Antonino, decide che in questo caso il legatario potrà scegliere sino a tre cavalli, quantunque nella più parte degli altri casi *pluralis elocutio duorum numero contenta sit* (5).

1963. Il legatario può scegliere la cosa, che è della migliore qualità. « *atque insuper*, dice « Voet,(6) *optimum hic a legatario, cui optio* « *a testatore permissa est, optari potest* ».

Questa soluzione ci sembra di dover essere adottata sotto del codice, e l'art. 1022(a) fissando nel silenzio del testatore a chi apparterrà il dritto di scegliere, ha regolato per questo caso l'esercizio del dritto d'ozione. Ma quando il testatore si è allontanato da questa regola, dando la scelta al legatario, l'art. 1022 (b) non è più applicabile, e la scelta del legatario non deve essere limitata tra quello, che vi è di migliore qualità, e quel, che può esservi di più cattivo.

1964. Continuiamo ad esaminare i diversi casi, che il legato di ozione può presentare.

Se le cose, tra le quali il legatario doveva fare la sua scelta, venissero in parte a perire, il legato non sarebbe nullo per questo, ed il legatario potrebbe prendere quelle, che restano, o scegliere fra esse, se fossero superiori all'importanza del suo legato.

La legge 8. § 1, D., *De opt. legat.* lo decide espressamente: « Se di quattro collana di « perle, ne debbo scegliere due, e che di « queste quattro collane due ne restano, che « due. *valet legatum* (7) ».

1965. Il legatario può scegliere tra tutte le cose del medesimo genere, che ha lasciato il testatore, ed importa poco, che precedentemente l'erede ne abbia alienata qualcuna. Dapoichè l'erede non può col suo fatto diminuire il dritto del legatario. Epperò la vendita è *in suspenso* sino a che la scelta sia stata fatta (8).

1966. La scelta dev'essere fatta nel tempo prescritto; senza di che il legato svanisce; *propter praeterlapsum tempus praefinitum, optionis legatum hoc casu corruit* (9).

Se non vi è termine stabilito, l'erede, che ha interesse, perchè la scelta si faccia il più presto possibile, deve farla fissare dal giudice (10).

(1) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 383, n. 14.
(2) Justiniano, l. 3, § 1, C., *Communia de legat.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 387, n. 5 *in fine*.
(3) Merlin. Repert., v° *Ozione*.
(4) Voet, *loc. cit.*, n. 5 Argomento della legge 14, § 1, D., *De legat.*, 2.
(5) Ulpiano, l. 12, D., *De testibus*. Voet, *loc. cit.*, n. 1.
(6) Voet, *loc. cit.*, n. 1.
(a) Tanto in questa, che nella seguente citazione, pare che invece dell'art. 1070, che vi è nel testo, si dovesse leggere 1022. *Il trad.*

(b) Leggi civili art. 977. *Il trad.*
(7) Pomponio, l. 8, § 1, D., *De opt. leg.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 886, n. 4, Voet, *loc. cit.*, n. 2
(8) Giavoleno, l. 14, D., *De opt. legat.* Voet, *loc. cit.*, n. 2.
(9) Terenzio Clemente, l. 17. D., *De opt. leg.* Voet, *loc. cit.* n. 3 *in fine* Pothier, *Pand*, t. II, p. 388, n. 13.
(10) Pomponius, l. 6, D., *De opt. leg.* Voet, *loc. cit.* Pothier, t. II, p. 388, n. 13.

Digitized by Google

Ma se la scelta appartiene a molti, come quando il legatario muore, e lascia piu eredi, e se in questo caso gli eredi non sono di accordo, allora bisogna ricorrere alla sorte, e colui, ch'essa favorirà, sarà incaricato di scegliere secondo la legge 3 del codice *Communia de legatis*. Con questa legge Giustiniano ha modificato il dritto delle pandette, che nel caso di dissenso diceva inutile il legato (1).

1967. Abbiamo veduto le relazioni e le differenze del legato della cosa indeterminata e del legato di ozione. Esaminiamo il legato alternativo, ch'è pure un legato di ozione. Questo genere di legato ha luogo, quando due o piu cose sono legate alternativamente per modo, che il pagamento dell'una estingue la disposizione. « Lego a Tizio il mio cavallo Rabican o la mia carrozza con le mie armi ».

Le cose, che formano l'obietto di questo legato, sono entrambe dovute, sino a che s'a fatta la scelta di una di esse. E però se prima della scelta una di esse viene a perire, quella, che resterà, dovrà essere data. Supponiamo, che Rabican viene a perire, il legato diverrà puro e semplice, e sarà dell'istessa natura come se il testatore avesse puramente e semplicemente legato la sua carrozza con le sue armi (2).

La legge 2 del Digesto. *De legatis*, 2° non è contraria a questa regola. perciocchè decide soltanto, che il legato alternativo costituisce un solo e medesimo legato (3), qualunque prima dell' elezione vi fossero io questo legato più cose dovute (4).

Il legato alternativo è dovuto come tutti gli altri a contare dal giorno della morte del testatore. Ma se l' una delle cose legate alternativamente è soggetta ad una condizione, il legatario non potrà reclamare la liberalità prima della scadenza di questa condizione, e se muore prima di questa scadenza, il legato sarà caduco, e non passerà a' suoi eredi (5).

La ragione di questo deriva da che il legato alternativo, sebbene comprenda più cose, nondimeno è uno: « *Cum illud aut illud legetur*, dice Papiniano, *enumeratio plurium rerum disjunctivo modo comprehensa, plura legata non facit* (6).

1968. Nel caso del legato di una cosa alternativa, la scelta appartiene all'erede, come quando si tratta del legato di una cosa indeterminata. Era diverso in Roma, perciocchè dopo Giustiniano la scelta dovev' appartenere al legatario senza distinguere qual'era la forma del legato (7). Senonchè il legatario di un'alternativa aveva dippiù del legatario di una cosa indeterminata il dritto di scegliere la cosa della migliore qualità: *electio legatario competit*, dice Voet (8) *ut meliorem petere possit*.

1969. L'erede al quale, in mancanza di una disposizione speciale, oggi appartiene la scelta, non può scegliere parte di una cosa e parte di un'altra, ma è d' uopo, che scelga l'una o l'altra intiera (9). Sarebbe lo stesso del legatario, al quale la scelta fosse stata deferita (10).

Se la cosa, che l' erede si determina a pagare, viene a perire dopo di avere significata la sua scelta, o di averne fatta l' offerta reale, la perdita cade sul legatario (11).

Articolo 1023 — (978)

Il legato fatto al creditore non si presume fatto in compenso del suo credito, nè il legato fatto al domestico in compenso de' suoi salari (a).

SOMMARIO

1970. In materia di legato la compensazione non si deve presumere
1971. Anche nel caso, in cui il testatore era di già debitore del legatario.
1972. Del resto non vi è liberalità, se non quando il legato è più piagne dell'ammontare del debito
1973. Della ricognizione del debito. — Rinvio.
1974. Del legato di liberazione.
1975. La liberazione legata da un testatore al debitore del suo erede o di un terzo è valida?
1976. Si può fare ad un fidejussore un legato di liberazione.
1977. Il legato di liberazione di una cosa non dovuta è inutile
1978. Il legato di liberazione non si versa su'debiti posteriori al testamento.
1979. *Quid* se il legatario ignorando la liberazione che gli è fatta, pagasse il debito all' erede
1980. *Quid* se avesse pagato il debito in vita del testatore.
1981. La novazione del debito non vieta, che il legato di liberazione produca il suo effetto.

(1) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 387, n. 6 *in fine*. Voet, *loc. cit.* n. 6.

(2) Giuliano, l. 84, § 2, *De legat.* 1. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 390, n. 23.

(3) Paolo l. 75, *Ad edictum*. Pothier, *Pand.* t. II, p. 390, n. 26.

(4) V. Voet. *de hoc tit.*

(5) Giuliano, l. 16, D., *Quand. dies legat. ced.* Pothier, *Pand.* t. II, p. 390, n. 26. Voet, *loc. cit.*, n. 7.

(6) Papiniano, l. 95, *Quand. dies legat. ced.* Ved. su questa legge, Cujacio, *Questiones Papinianae* legge 18, t. IV, p. 465 (ediz. del 1745).

(7) Pothier, *Pand.* t. II, p. 391, n. 29 e seg.

(8) *Loc. cit.* n. 7.

(9) Celso, l. 15. D., *De legat* 2. Pomponio, l. 8, § 2, D., *De legat.*, 1. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 391, n. 33.

(10) Torino, 19 maggio 1813 (Devill., 4, 2, 313).

(11) Giuliano, l. 84, § 9, D., *De legat.*, 1. Pothier, *Pand.*, *loc. cit.*, p. 492, n. 34.

(a) È uniforme a quest'articolo l'art. 978 delle Leggi civili. *Il trad.*

Digitized by Google

COMENTARIO

1970. Il punto di dritto deciso da questo articolo era obbietto di molte controversie nella antica giurisprudenza.

Molti autori, come Brodeau (1) pensavano, che quando il legatario era creditore a titolo oneroso del testatore, non si doveva sopporre la compensazione; ma che quando il credito procedeva da un titolo lucrativo, bisognava credere, il testatore essersi voluto liberare col suo nuovo dono.

Altri giureconsulti per lo contrario pensavano, che in niun caso si doveva presumere la compensazione: « *Legatum non praesumitur* « *in dubio relictum animo compensandi* », dice Fabro (2), ed era anche l'avviso di Ricard (3) e di Furgole (4).

Nè si può negare, che quest'ultimo sentimento sia preferibile. La legge 85, D., *De legat.*, 2 lo sanziona formalmente, comechè vuole, che la compensazione non sia ammessa, che quando risulta esplicitamente dall'atto; *nisi voluntas testatoris compensare volentis evidentur ostenderetur* (5). La distinzione di Brodeau non può poggiarsi su di verun testo, sanamente inteso.

D'altronde è chiaro, che ogni disposizione testamentaria è fatta *animo remunerandi*, il perchè non si può supporre nel legato fatto al creditore l'intenzione da parte del testatore di compensare il debito.

Il codice ha abbracciato l'opinione di Fabro, di Ricard, e di Furgole, e dei due avvisi ha preso il migliore (6).

1971. Per applicazione di questo articolo è stato giudicato, che il testatore, il quale, essendo debitore di una rendita a favore di un terzo, ha imposto al suo erede l'obbligazione di pagare una rendita a questo terzo, è considerato, se non ha espressa una intenzione contraria di avere legata una nuova rendita per essere aggiunta alla precedente (7).

1972. Del resto si comprende, che l'articolo 1023 non intende di stabilire nella regola, che dà, se non una presunzione di volontà, e che il testatore potrà sempre esprimere la sua intenzione di compensare il legato col credito.

In questo caso, onde vi sia liberalità, bisogna che si trovi nel legato più di quanto vi è nel credito: « *Si modo*, dice Voet (8), *plus in legato, quam in debito sit, adeoque intersit* « *creditoris ex testamento potius agere, quam* « *ex pristina obligatione* (9). »

E siccome il legato fa nascere non solamente l'azione personale, ma anche le azioni reali e la ipotecaria, avverrà ben di raro, che la disposizione testamentaria non sia al creditore più vantaggiosa del suo credito.

Del resto spetterà al creditore legatario il vedere, se è oppur no del suo interesse di accettare o ripudiare il legato.

1973. Che se invece di avere legata al creditore una cosa impotabile in quello, che egli deve, il testatore si è dichiarato obbligato ad un debito nel suo testamento, questa disposizione riconosciuta in dritto sotto il nome di ricognizione del debito, si distingue per dei caratteri particolari, degni di uno special esame. Qualcuno ne abbiamo accennato più sopra (10), e vi ritorneremo più a lungo nel nostro comentario dell'art. 1035 (11).

1974. Se il testatore può fare versare la sua disposizione su quanto deve, *a fortiori* può farla versare su quanto gli è dovuto. Il codice non si è occupato di quella spec e di legato, che si chiama legato di liberazione. Importa di esaminarne la latitudine.

Quando si lega ad un individuo una cosa, che egli deve, non significa donargli la sua propria cosa, ma bensì liberarlo da un'obbligazione, sotto il cui impero si trova.

Questo legato di rimessione di un debito o di liberazione può farsi espressamente o tacitamente, pel tutto o per la parte (12).

Può essere lasciato in diversi modi (13), come quando si lega la liberazione ne' propri termini (14), o quando si lega al debitore ciocchè egli deve (15), ovvero quando si vieta al suo erede di esigere la cosa dovuta (16).

Può essere fatto puramente e semplicemente o sotto condizione.

Abbiamo veduto più sopra (17) qual è l'effetto di un legato di liberazione sotto condizione, *pendente conditione*, e ci limitiamo a rinviarvi.

(1) Brodeau *su Louet*, lettera *M*, *somm.* 2.
(2) C., tit. *De legat.*, *defin.* 8.
(3) Part. 2, n. 168 a 175.
(4) Cap. 14, n. 75.
(5) Pothier, *Pand.* t. II, p. 334, n. 312 *in fine*. Paul, l. 85, D., *De legat.* 2.
(6) Merlin, Repert., v° *Legatorio*, § 7, art. 2, n. 15 *bis*, 4. Toullier, t. V, n. 533. MM. Duranton, n. 258 e seg., t. IX. Coin-Delisle, n. 1, su l'art 1023.
(7) Corte di Parigi, 19 luglio 1809 (Devill., 3, 2, 105, . Sirey.
(8) Voet, *Ad Pand.*, *De liber. legat.*, n. 9,
(9) *Instit.*, *De legat.*, § 14.
(10) N. 728.
(11) *Infra*, n. 2034.
(12) Ulpiano, l. 7, D., *De liberat. legat.* Pothier, *Pand.* t. II, p. 423, n. 5.
(13) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 422, n. 1, Gotofredo sul titolo del Digesto. *De liber. legat.* Ducaurroy *Inst.*, t. II, p. 184, § 13. *Supra*, n. 140 e seg.
(14) Ulpiano, l. 3, D., *De liber. legat.*
(15) Ulpiano, l. 1, *D.*, *De liber. legat.*
(16) Gotofredo, *loc. cit.*
(17) *Supra*, n.i 142, 143, 144.

1975. *Quid* se il testatore invece di avere fatto il legato di liberazione al suo debitore, l'ha fatto al debitore del suo crede o al debitore di un terzo?

Un tale legato era valido in dritto romono(1), ed ero la conseguenza del principio, che permettevo al testotore di legare la coso altrui.

Mo giusta i principî del codice Napoleone sul legato della cosa altrui (2), si può dubitore, ch'oggi un tal legato sia valido, almeno in tutt' i casi, se oon è fatto sotto formo di condizione o di modo.

Supponiamo, che Tizio nel mese di gen. 1856, debba mettere Sempronio in possesso dell'immobile di *Verger*, del qoal' è obbligato fargli la tradizione. Cajo istituisce Sempronio suo legatario universale, e lega nel tempo istesso a Tizio l'immobile di *Verger*. Diciamo, che questa disposizione, la quale sarebbe stata buona oell'antico dritto, è nulla oggi, oome conteoente on legato dello eosa altrui, perocchè l'immobile appartiene a Semprooio, o, il che è la medesima cosa, ha egli no'azioae per farsene rilasciare il possesso. *Idem est rem habere aut actionem ad obtinendam.*

Ma se supponinmo, che il testatore obbio istituito Sempronio a condizione di liberare Tizio dall'obbligazione di rilosciargli l'immobile di *Verger*, alloro questa disposizione sarà valido, e profitterà a Tizio, come un legato di liberazione, fatto olmeoo in uoa maoiera indiretto.

Il coso, che abbiamo esomioato, è quello di un corpo eerto dovnto oll'erede. Ma se si trattasse del legato di nn credito, sarebbe più difficile di opplicare i principî, che regolano il legato della cosa oltrui. Per esempio; dooo a Tizio i 10, ooo franchi, che deve ol mio erede. È evidente, che questo legato è valido, perchè nulla vieta al testatore di dare al debitore la somma necessario per estinguera il eredito del suo erede.

1976. Il benefizio della liberazione, che si può dore per testamento od un debitore principale, può onche darsi ad on fidejussore, ed a tal subietto bisogoa rimarcare, che il legato di liberazione fatto al fedejussore oon libera il debitore principale, mo che il legato di liberazione fatto al debitore principale libera il fidejussore.

1977. Si può legare la liberazione di una cosa, dovuta per obbligazione civile o per obbligazione naturale.

Ma se il testatore lega la liberazione di una cosa, che non è dovuta, il legato è inutile (3).

Nondimeno Fabro (4) pensa, che il seguente legato *centum quae mihi Titius debet, ei do, lego*, è valido: quantunque non debb'assolutamente nulla, poichè è quella, dice quest'autore, una falsa dimostrazione, che non vizia il legato. Ma Voet (5) è d'una opinione contraria, ed insegna, essere questo legato limitativo anzichè dimostrativo (6). Quest'ultimo avviso, ch'è anche quello di Aguessenu nella sua aringa per la causa di modamo di Ventodour, dev'essere preferito (7).

1978. Bisogna osservare, che il legato di liberazione si presume versare sui debiti esistenti prima del testamento e non su quelli che sono stati posteriormente contratti. *Quid*, se il testatore rifacendo il suo primo testamento, confermasse nel secoodo testamento il legato di liberazione, che il primo testamento conteneva, e che nell' intervallo tra' due testamenti il legatario avesse contratto un nuovo debito presso del testatore? Bisogna rispondere, che il legatario non sarà liberato dal secoodo debito contratto (8).

1979. Se il legatario ignorando lo disposizione, della quale è stato l'obietto, pagasse allo erede il debito controtto verso il defunto, potrebbe rivenire sul pogamento con l'azione *condictio indebiti*? Voet si decide per l'affermativa (9) e ooi dubbiomo uoiformarci a queato parere.

1980. Si domanda, che eos' avverrebbe, se il testatore veoisse ad esigere in suo vito il pagomeoto del debito, del quale avesse legata la liberazione? Bisogno rispondere, che ciò sarebbe una rivocazione del legoto, il quale per conseguenza diverrebbe inutile (10).

1981. Che se vi è stata oovazione tra il testatore ed il legatario, ol quale la liberazione fosse stato legata, la prima obbligazione sarebbe scomparso per effetto dello novazione; ma siccome lo nuovo obbligazione avrebbe preso il posto dell' altra, si dovrebbe nel dubbio proounziare per la liberazione, amenochè non vi fosse una manifesta volontà controria (11).

ARTICOLO 1025 — (979)

Il legatario a titolo particolare non sarà obbligato po' debiti della successione, salva la riduzione del legato, come più sopra è detto, e salva l'azione ipotecaria dei creditori (a).

(1) Pomponio, l. 8, D., *De liberat. legat.*
(2) *Supra*, n.i 1947 e seg., art. 1021.
(3) Ulpiano, l. 7, § 2, D., *De liberat. legat.* Pothier, *Pand.* t. II, p. 423, n. 11.
(4) *De conject.*, l. 5, cap. 2.
(5) *Ad Pand.*, *De liberat. legat.*, n. 2.
(6) *Sopra* n.i 373 e 374.
(7) V. n. 373 *in fine*. Furgole, cap. 7, sez. 3, n.i 61 e 62. Cujacio, l. 2. *Quist. Pauliane*, *Ad leg.* 25, *De liberat. legat. e ad African*, l. 108, § 10, *De legat.* I.
(8) Scevola, l. 28, § 1. L. 2, *De liber. legat.* Voet, *De liber. legat.* n. 5.
(9) Voet. *loc. cit.*, n. 6.
(10) Voet, *loc cit.*
(11) Scevola, l. 31, § 5, *De lib. legat.* Voet, *loc. cit.*
(a) A quest'articolo è uniforme l'art. 979 delle Leggi civili. *Il trad.*

Digitized by Google

SOMMARIO

1982. Quando la successione è solvibile, il legatario particolare non è tenuto de'debiti della successione.
1983. Tuttavia il suo legato deve subire una riduzione, se vi è luogo a compiere la riserva.
1984. È inoltre soggetto a' pesi, che risultano dalla natura stessa della disposizione.
1985. In caso d'insolvibilità della successione, i legatari ricevono i loro legati solamente quando i creditori sono soddisfatti — Purchè però costoro abbiano dimandato la separazione de' patrimonii.
1986. Se i creditori avessero lasciato riscuotere dal legatario l'ammontare del legato, e che il termine per dimandare la separazione de' patrimonii fosse perento, non potrebbero fargli conferire il legato.
1987. Del caso, in cui la separazione de' patrimonii esiste di pieno dritto.
1988. Dell'azione ipotecaria, alla quale può essere sottoposto il legatario particolare.
1989. Rinvio.

COMENTARIO

1982. Questo articolo è relativo all'influenza dei debiti del defunto sul legatario particolare, ed abbisogna di spiegazione. Per ben comprenderlo bisogna distinguere il caso, nel quale la successione è solvibile, dall'altro, in cui non l'è.

Quando la successione è solvibile, è un principio certo, non essere il legatario obbligato pei debiti della successione (1), perciocchè i debiti sieguono coloro, che succedono con un titolo universale, mentre il legatario particolare, non essendo, che un successore a titolo singolare, non è tenuto dei debiti della successione (2). I legati particolari sono essi stessi un debito, che diminuisce di altrettanto l'emolumento della successione.

Per esempio Tizio istituisce Sempronio in tutti i suoi beni, che ammontano a 100,000 franchi. Lega a Caio la tenuta di Retmurs, estimata 20,000 franchi, e lascia 20,000 franchi di debiti. Sempronio non sarà ammesso a dimandare, che Cajo contribuisca ai debiti, ma dovrà pagare ed il legato di 20, 000 franchi per intiero ed i crediti contra la successione, di talchè per tali prelevazioni il suo emolumento si troverà ridotto a 60,000 franchi.

1983. Tuttavia il legatario dovrà sopportare la riduzione del suo legato per compiere le legittime (3), conechè la riserva precede i legati; questa è un debito del sangue, mentre i legati sono semplicemente una liberalità provveniente da una volontà meno importante di quella della natura.

1984. Il legatario può essere obbligato di soddisfare i debiti, che il testatore ha messo specialmente a suo carico (4). Può pure essere sottoposto a dei pesi, che risultano dalla natura stessa della disposizione. Tali sono le imposizioni a contare dal giorno dell'immessione in possesso, i diritti di registro (5), le rendite fondiarie anche dall'immessione in possesso, i servigi dei fondi o le servitù, infine tutti i diritti, che sono attaccati al suolo, o che gravano momentaneamente o a perpetuità la cosa legata.

1985. Arriviamo ora ad un caso, nel quale i beni non bastano per pagare tutti i pesi della successione.

Qui prevalgono altre idee. Il primo dovere del testatore era di pagare i suoi debiti, nè poteva fare delle liberalità prima di avere soddisfatto i suoi creditori. Il titolo oneroso è sempre più favorevole del titolo gratuito. d'onde la massima *nemo liberalis nisi liberatus* : D'onde ancora questa altra regola; *Bona non dicuntur, nisi deducto aere alieno*. Dai quali principî siegue, avere i creditori sui beni della successione un dritto preferibile ai legatari, e non potere questi ultimi ricevere i loro legati, che quanto i primi sono disinteressati.

Ma per godere di questo dritto in tutta la sua forza e la sua pienezza, bisogna, che dimandino la separazione dei patrimoni, a fine d'impedire che si faccia una confusione tra la eredità ed i beni personali dell'erede, che ha accettato puramente e semplicemente. Se omettessero tale precauzione, arriverebbe questo, cioè che mercè l'accettazione pura e semplice, essendosi operata una perfetta confusione della persona del defunto con la persona dell'erede, dei beni lasciati dall'uno coi beni appartenenti all'altro, i creditori ed i legatari sarebbero divenuti i creditori personali dell'erede, e tutti avrebbero un egual dritto contra il comune debitore, ossia contra l'erede, che mediante l'accettazione ha quasi contrattato coi medesimi senza distinzione. Invece se i creditori hanno la precauzione di dimandare la separazione dei patrimonii, conservano l'integralità dei loro diritti sui beni della successione, e rimane loro il pegno con la preferenza ai legatori (6).

Questa obbligazione di dimandare la separazione dei patrimoni non è in contraddizione con la regola: *Bona non dicuntur, nisi dedu-*

(1) *Sopra* N. 1838.
(2) Art. 871 del Cod. Nap.
(3) Art 926 del Cod. Nap. *Sopra*, n.i 1013 e seg.
(4) *Sopra*, n. 332.
(5) Art. 1015 del Cod. Nap. *Supra*, n. 1919.
(6) Art. 878 e 880 del Cod. Nap.

Digitized by Google

cto aere alieno, perciocchè la dimanda di separazione dei patrimoni è precisamente la sanzione di questa regola; appunto perchè questa regola esiste, e che deve essere rispettata, è stata inventata la separazione dei patrimoni per paralizzare una specie di novazione, che la rendeva inapplicabile.

E di che i creditori potrebbero dolersi? Nol potrebbero, che di sè stessi e della loro negligenza di aver omesso le misure necessarie, affinchè la loro preferenza conservi la propria energia (1).

1986. Il sig. Merlin (2) difendendo queste idee innanzi la corte di cassazione, ha emessa una proposizione, che non potrebbe ammettersi, che mercè una distinzione. Egli dice, che se i creditori lasciano prendere dal legatario la somma, che gli è legata, non potrebbero fargliela conferire, avendo questo legatario ricevuto semplicemente quello, che gli è dovuto; e cita in sostegno un arresto del parlamento di Grenoble de' 13 di Luglio 1638 (3). Ma quest'asserzione non è esatta, se non quando il creditore ha lasciato perimere il dritto di domandare la separazione de' patrimonî, imperciocchè allora è evidente di non potere rivenire contra un fatto compiuto, ed inquietare il legatario, ch'è creditore come lui, e che altro non ha fatto, se non ricevere il dovutogli. Ma manca di esattezza, se il creditore è tuttavia in tempo di dimandare la separazione de' patrimonî. L'erede puro e semplice non ha potuto paralizzare con la sua precipitazione l'esercizio del dritto, che il creditore non ha perduto per la sua negligenza.

1987 Quando la successione invece di essere stata accettata puramente e semplicemente, è stata accettata sotto il benefizio dell'inventario. In separazione de' patrimonî esiste di pieno dritto, ed i creditori conservano per questo stesso su' legatari la preferenza. che loro appartiene. Ed è evidente, che quest'accettazione dell'erede avendo per effetto d'impedire la confusione de' beni lasciati dal defunto co' beni appartenenti all'erede, i legatari non sono divenuti i creditori personali dell'erede. Allora vi è luogo di fare l'applicazione della massima: *Nemo liberalis, nisi liberatus* (4).

1988. Indipendentemente da l'azione personale i legatari particolari sono anche soggetti all'azione ipotecaria, ed è quando i creditori della soccessione hanno ipoteca sugl'immobili compresi nella liberalità, che loro è fatta. Questo viene insegnato dal nostro articolo con queste parole: « salva l'azione ipotecaria de'creditori ».

Ma quando i legatari particolari hanno pagato i creditori per effetto dell'azione ipotecaria esercitata contra di loro, hanno il regresso contra gli eredi o successori a titolo universale, obbligati a' debiti. L'art. 874 (a) surroga in questo caso i legatari in tutt' i dritti de'creditori (5).

1989. Rinviamo a quello, che abbiamo detto nel nostro *Comentario delle Ipoteche* sul benefizio della discussione accordata al terzo detentore (6) e sulla prescrizione dell' azione ipotecaria (7).

(1) Cassazione, 2 pratile an. XII (*G. del Palazzo*, t. IV, p. 3, Devill, 1, 1, 973). Cassaz, 9 dicembre 1823 (*G. di Palazzo*, t. XVIII, p. 255. Devill, 7, 1, 350.

(2) Merlin, Repert., v° *Legatario*, p. 813, comma I.

(3) Ecco come vien riferita la specie di quest'arresto nella *Raccolta di Basset* (t. II, p. 311, tit. 3, t. 5, cap. 2).

« Martino Couland, maestro speziale di questa città di Grenoble, legò col suo testamento 3,000 lire ad Ennemond, suo figlio, insieme a tutte le droghe ed istromenti della sua bottega, ed istituì suo erede Aymé, altro suo figlio.

Dopo la morte di questo testatore il suo erede trattò con tutt'i creditori e legatarii, risparmiò 600 lire sul legato di Ennemond, e gli pagò le rimanenti lire 2400. Frattanto il signor Sarrazin, creditore del defunto e del suo erede di 3,000 lire, si contentò di riscuotere da loro i suoi interessi senza dimandare il suo capitale. Aymé Couland, figlio ed erede di Martino, venne a morire, lasciando una figlia sua erede, la quale accettò la successione con l'inventario; il che avendo destato in Serrazio qualche apprensione di non trovarvi il suo conto, e che il suo credito potesse divenire pericoloso per il cattivo stato degli affari di questa eredità, credè di convenire il detto Ennemond, legatario, onde gli avesse a restituire la somma del suo legato, e sostenne non aver potuto il debitore legare in suo pregiudizio, nè rendere con questa donazione peggiore la sua condizione. Per lo contrario Ennemond diceva, che il legato a lui fatto e pagato era un mobile, che non era affetto da ipoteca, e ch'egli non aveva usato nè dolo nè frode in quest' occasione. Con sentenza del Giudice di Grenoble il sig. Serrazin venne respinto; e con l'arresto dell' adito nell' udienza de'13 di luglio 1638, aringando Lesage e Louis, la sentenza fu confermata.

(4) Art. 809 del Cod. Nap.

(a) Leggi civili art. 974. *Il trad.*

(5) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 334. n. 312, nota c. Merlin, Repert., v° *Legatario*, p. 816, 817.

(6) Il mio *Comment. de priv. et ipotech.* t. III n. 797.

(7) Lo stesso *Coment.* t. IV, n. 878.

SEZIONE IV.

DEGLI ESECUTORI TESTAMENTARI.

Articolo 1025 — (980)

Il testatore potrà nominare uno o più esecutori testamentari (a).

SOMMARIO

1990. Degli esecutori testamentarii nel dritto antico.
1991. Degli esecutori testamentarii sotto del Codice.
1992. Singolarità del mandato conceduto all' esecutore testamentario.
1993. Nulladimeno bisogna applicare a questo mandato, per quanto si può, le regole de' mandati.

COMENTARIO

1990. Il dritto francese, che deve tante cose al dritto romano in tutto quello, che concerne la materia dei testamenti, non gli ha l' obbligazione degli esecutori testamentari. Gli hanno creati gli usi dei nostri avi e le nostre più antiche consuetudini per assicurare con maggior forza e stabilità la volontà del testatore.

Non è già, che i Romani avessero omesso di prendere delle precauzioni per garentire dalla ingratitudine dei loro eredi la legge suprema del testamento, alla quale attaccavano tanta importanza; l' avevano messa sotto l' egida dell' interesse pubblico: *Publice enim expedit suprema hominum judicia exitum habere*(1). Giustiniano mettendo l' ultima mano alla giurisprudenza romana, aveva pronunziato con la nov. 1. cap. 1. la pena della privazione e della indegnità contra gli eredi refrattari, che ricusassero di eseguire la volontà dei testatori dopo di esserne stati interpellati, deferendo l' eredità, contra le regole generali, a dei semplici legatari particolari, che si obbligassero a dare cauzione per l' esecuzione delle ultime disposizioni (2) (b).

Ma il nostro dritto francese, si è mostrato anche più industrioso, giusta l' espressione di Ricard, (3) minacciando da una parte l' erede della privazione della successione, se trascura di adempire la volontà del defunto, e permettendo dall' altra ai testatori di commettere la esecuzione delle loro ultime disposizioni a delle fidate persone, chiamate esecutori testamentari.

Si comprende tutta la saviezza di questa innovazione, le cui tracce si trovano in un testamento dell' anno 1314, riferito da Baluze (4).

I legatari dei mobili potevano temere, che un erede malvolente o dissipatore non dilapidasse la proprietà mobiliare della successione, la quale non è capace d' ipoteca, e che non ve-

(a) Uniforme a quest'articolo è l'art. 980 delle Leggi civili. *Il trad.*

(1) Paolo, l. 5, D., *Testamenta quemadmod. aperiantur.*

(2) Fargole, cap. 10, sez. 4, n. 1.

Del resto si trova il germe dello stabilimento degli esecutori testamentarii in qualche legge romana, ma sono piuttosto delle indicazioni, che un corpo di dottrina su di una materia organizzata. — Ecco quali sono queste leggi:

Leone l. 28, C., *De episcop. et cleric.* Valentiniano et Marciano, l. 24, § 2, C. *eod. tit.* Novella 177, cap. 1. Novella 131, cap. 2. Novella dell'imperatore Leone, 68. Giuliano l. 96, § 3, *De legat.*, 1. Africano, l. 107, *eod. tit.* Marcello, l. 17, *De legat.*, 2. Ulpiano, l. 3, D., *De alim. vel cib. legat.* Papiniano, l. 9, D. *eod. tit.* Paul, l. 23, D. *eod titulo.* Ulpiano, l. 12, § 4, D., *De relig.* Paul, l. 7, D., *Si cui plus quam.*

(b) Nel nostro antico dritto non vi era veruna particolare disposizione sugli esecutori testamentarii. I testamenti pubblici o noncapativi si dovevano da' Notari esibire nel Generale Archivio, e se ne riteneva così assicurate l' esistenza e l' esecuzione. Nella pratica è ben raro, che un' ultima volontà rimanga ineseguita per mancanza di un esecutore testamentario. *Il trad.*

(3) Part. 2, n. 59.

(4) *Istoria generale della Casa di Auvergne.*

In fine di questo testamento estratto dal tesoro degli antichi diplomi di Turena, Berardo VII, Signore di Mercoeur, s'esprime così:

« *Hujus autem meae ultimae voluntatis executores « meos sive commissarios speciales mihi constituo et « ordino viros venerabiles et reverendos in Christo « patres dominos Albertum, Guillelmum, Hugonem,* etc. (T. II, p. 358 *in fine*).

Du Luc (l. 9, t. VII, art. 4) parla in questi termini d'un arresto dell'anno 1377, che pronunzia su di una contestazione relativa al possesso degli oggetti ereditarii tra un erede ed un esecutore testamentario.

« *Lucii Titii haerede et ejus testamenti curatore certantibus, martem varium et communem varia et com« munis secuta est victoria. Iudicatum est haeredem « interdicto retinendae possessionis agentem, quantum « ad mobilia pertineret, non esse ferendum; ea enim « ad annum a morte testatoris, in curatoris mancipia « esse; curatorem autem quod ad res soli quaesitas at« tinebat, intercessione submovendum, quod scriptis « postea moribus est comprehensum* ».

V. ancora Ferrières *su Parigi*, art. 297, gloss. 1, n. 5.

Digitized by Google

nisnero così privati delle liberalità del testatore. Ma queste apprensioni disparvero, quando il disponente ebbe la facoltà di nominare un esecutore testamentario, che impossessato di pieno dritto dei mobili dell' eredità, divenisse il loro custode ed il loro depositario, e potesse impedire delle colpevoli malversazioni.

Da ciò si vede, che l'esecutore testamentario era investito di un dritto speciale preferibile a quello dell' erede (1). L' esecutore testamentario riceveva una detenzione, un deposito, che gli permetteva di tenere in briglia l' erede, e di impedire le dilapidazioni (2).

Codesta innovazione fu così generale, e sembrò si buona, che il dritto canonico se l'appropriò, come lo prova la Clementina unica *De testamentis* (3). L' uso di nominarne si estese anche ai paesi regolati dal dritto romano, ma però con delle modificazioni ristrettive dei dritti accordati dalle consuetudini agli esecutori testamentari. Così trovasi su questa materia un trattato, scritto da Gian Giacomo a Canibun. dottore di Padova, intitolato: *De executoribus ultimarum voluntatum* (4).

1991. Il Codice Napoleone non poteva far meglio, che consacrare l'uso di nominare degli esecutori testamentari; ma come vedremo nel corso di questa sezione, non ha adottato tutte le idee del dritto antico, se non che il suo punto di partenza si è come nella giurisprudenza anteriore, che l' esecutore testamentario è mandatario, e che il mandato, a lui confidato, è perfetto quando ne ha accettato il peso.

1992. Questo mandato si distingue per una singolarità. In generale la morte del mandante mette fine al mandato; qui per lo contrario la morte del mandante, lungi dal fare finire il mandato dell'esecutore testamentorio, lo fa cominciare. Del resto si sa, che sempre chè il mandato è dato per essere eseguito dopo la morte del mandante (5), vale ne' termini, nei quali l' ha messo la volontà del mandante.

Ritorneremo su questo punto nel nostro commentario dell' art. 1031 (6).

1993. Si deve dunque applicare all' esecutore testamentario le regole del mandato, per quanto la cosa può comportarlo. Aggiungiamo questa restrizione, perchè la legge ha fatto degli esecutori testamentari, de'mandatari irregolari su molti punti ed ha introdotto delle disposizioni, che non possono convenire a' mandatari ordinari (7).

Ammenso questo principio, che l' esecutore testamentario è un mandatario, ne siegue, non avere altro potere, oltre quello. che gli conferisce il testatore o la legge, e che deve contenersi strettamente ne' limiti del suo mandato, secondo la regola conosciuta: *Diligenter fines mandati custodiendi sunt* (8). Vedremo nel commentario dell'art. 1032 la conseguenza di questa regola (9).

Articolo — 1026 (981)

Potrà dar loro il possesso di tutto o di una parte sola del suo mobiliare, ma esso non potrà durare al di là di un anno ed un giorno a contare dalla sua morte.

Se loro non l'ha dato, non potranno chiederlo (a).

SOMMARIO

(1) Coquille *sul Nivernese*, *Test*. art. 2.

(2) Delauriere, *Glossario*, v° *Execut. testam.*

(3) *Aggiungi* cap. 17; cap 19, *Execut. testam.* cap. ultimo, *De testam.*, lo 6.° V. Furgole, cap. 10, sez. 4, n. 12.

(4) Furgole, *loc. cit.*, cita un altro trattato sulla stessa materia di Boezio Epo.

V. su'progressi e le origini degli esecutori testamentarii :

Delauriere, *Glossario del dritto franc.*, v° *Execut. testam.* Domat, *Leggi civili*, p. 146. Ricard, part. 2, n.i 57 e seg.. cap. 2. Pothier, *Donat. testam.*, cap. 5.

(5) Ulpiano, l. 12, § 5, D, *Mandati*. Cajo, l. 13. D., *eod. titulo*. Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 478, n. 78. Menochius, *Praesumpt.*, l. 2, cap. 6, n. 37. Bartolo sulla legge finale. D., *De solut.* Boerio, *decis.* 348, n. 6. Straccha. *Mandati*, n. 49. Casaregis, *disc.* 33, ni 8, 31, 33. Fabro su la l. 12 § 12, D. *Mandati*. Pothier, *Del mandat.* n. 108, M. Duranton, t. XVIII, n. 284. Zachariae, t. III, p. 134. V. il mio *Tratt. del Mand.* n. 468 e 728.

(6) *Infra*, n. 2023.

(7) *Infra*, n. 2007 e seg.

(8) Paul, l. 5 *in principio*, D., *Mandati*, Furgole, *loc. cit.*, n. 15. *Infra*, n. 1996.

(9) *Infra*, n. 2038.

(a) Corrisponde all'art. 981 delle Leggi civ., al quale è uniforme. *Il trad.*

COMENTARIO

1994. Secondo il diritto consuetudinario ogni esecutore testamentario aveva di pieno dritto il possesso di un anno ed un giorno (1). Si supponeva, che nell' istituire un esecutore testamentario, il disponente non aveva avuto una intiera confidenza nel suo erede, e che per conseguenza aveva voluto torgli il possesso di fatto necessario per l' adempimento delle sue ultime volontà (2). Vi è dippiù; nelle antichissime consuetudini il possesso si estendeva ai mobili ed anche agl' immobili (3). Ma questo punto fu modificato relativamente agl' immobili in tempo, in cui le consuetudini furono ridotte in iscritto.

Talune conservarono il possesso generale; e tale fu la consuetudine d'Orleans (4). Altre, come le consuetudini di Angiò (5) e del Maine (6) lo limitarono a' mobili ed agli acquisti. Altri pure, come la consuetudine del Nivernese (7) non l' estesero agli acquisti, che in caso d' insufficienza de' mobili. Finalmente la consuetudine di Parigi (8) rifiutava del tutto il possesso per gl' immobili, e solamente adottava il possesso de' mobili.

Pel contrario nei paesi di dritto scritto l'esecutore testamentario non era altro, che un semplice ministro, e non aveva il possesso de'beni mobili o immobili (9).

1995. Il Codice Napoleone non ha seguito veruno di questi sistemi in un modo assoluto. Rifiuta il possesso di pieno diritto, consacrato dal dritto consuetudinario, ma autorizza il testatore a conferirlo al suo esecutore testamentario con una disposizione del suo testamento. Infine non vuole, che in quest' ultimo caso il possesso abbracci altra cosa, oltre i mobili della successione, sia in tutto sia in parte. Dapoichè gli è sembrato di essere sufficiente il possesso de' mobili per la ragione, che il ministero conservatore dell' esecutore testamentario ha una vera utilità solamente per preservare dalle dissipazioni il mobiliare, e che al postutto il dritto dell'erede non dev'essere compresso, se non in vista di una reale necessità, la quale non si manifesta punto in quanto concerne gl' immobili.

1996. Il possesso adunque non è oggi un diritto inerente nella persona dell'esecutore testamentario, e semprechè il disponente non l' avrà dato espressamente, si presumerà di averlo ricusato, perchè non si possono estendere i limiti del mandato. *Diligenter fines mandati custodiendi sunt* (10).

1997. Quando l'esecutore testamentario non ha il possesso, le sue funzioni consistono nell' adempiere le obbligazioni, che gli sono imposte dall' art. 1031. D' onde si vede, che un esecutore testamentario senza possesso non è decorato di un titolo vano (11).

1998. Nè bisogna credere, che questo possesso, dato all'esecutore testamentario, sia contrario alla massima; *il morto impossessa il vivo*. Ed in effetti, come insegna Ricard (12), il possesso dell' esecutore testamentario non lo rende veramente possessore, e non gli conferisce verun dritto reale, *in re* nè *ad rem*. Egli è solamente un depositario, un sequestratario, che possiede in nome dell' erede, ch' è il solo impossessato in tutta la latitudine, annessa dal dritto a questa parola. Tal' è pure la spiegazione di Dumoulin sull' art. 95 della consuetudine di Parigi (13).

Ed ecco perchè giusta lo stesso autore l' esecutore testamentario non può intentare azione contra l' erede, il quale nel corso dell'anno dell' esecuzione lo turbasse nel suo possesso. Dapoichè sebbene possa intentare la turbativa contro del terzo, non è questa una ragione per avere tale azione contra l'erede. Egli ha quest'azione contra del terzo solamente perchè è depositario in nome dell'erede; epperò non può rivolgere il suo mandato contra quest' ultimo (14).

Ed ecco pure perchè l' art. 1027, che siegue, dà agli eredi la facoltà di fare cessare il

(1) Ricard, part., 2, n.i 71 a seg. Furgole, *loc. cit.*, n. 28 e 29. Ferrieres *sopra Parigi*, art. 297, n. 22. Merlin, Repert., v° *Execut. testam.*, § 3, p. 920, col. 2.

(2) L'autore del *Gran Consuetudinario*, l. 2, cap. 21. Delauriere, *Glossario*, v° *Execut. testam.*

(3) Delauriere, *loc. cit.*

(4) Art. 290 *Aggiungi* Blois, art. 177. Poitou, articolo 291.

(5) Art. 274.

(6) Art. 291.

(7) *Testam.* art. 2 e 4. Aggiungi Meaux, art. 8. Borbonese, art. 24.

(8) Art. 297. Aggiungi Clermont, art. 134. Troyes, art. 99. Reims, art. 293. ec. ec.

(9) Modestino, l. 63, D., *De procur.* Furgole, cap. 10, sez. 3, n.i 28 e 35.

(10) *Sopra*, n. 1993.

(11) Grenier, n. 231. Toullier, t. V, n. 584.

(12) Part., 2. n.i 71 e seg.

(13) « ... *Haec consuetudo non facit quia haeres non « sit saisitus ut dominus, sed operatur quod executor « potest ipse manum ponere, apprehendere...* » — « *Et « etiam non est verus possessor, et nisi ut procurator « tantum.* » (Dumoulin, *sopra Parigi*, art. 95, n.i 10 e 11.) *Aggiungi*, Pothier, *su Orleans*, t. XVI, art. 290.

(14) Si sa, che quantunque l'azione possessoria di turbativa non ha luogo pe'mobili, nondimeno si può intentarla in un unico caso, ed è quando una successione consiste esclusivamente in mobili. Una successione è una specie d'immobili Henrion de Pansey, (*Tratt. della competenza*, p. 396 e seg.) V. anche Merlin, Repert., v° *Complainte* § 3, art. 2, p. 663. *Aggiungi* Pothier *su Orleans, loc. cit.* Delauriere *su Loisel*, l. 5, t. IV, artic. 16.

Digitized by Google

possesso dell'esecutore testamentario, pagando una somma sufficiente per la soddisfazione dei legati mobiliari.

1999. Il Codice limita secondo l'antico dritto (1) ad un anno ed un giorno, a contare dalla morte, la durata del possesso dell' esecutore testamentario; ha supposto, che la dilazione di un anno sia sufficiente in generale per l'adempimento del mandato confidato all' esecutore testamentario, mandato, che soprattutto consiste nelle misure conservatorie e nel pagamento de' legati: « L' esecuzione, diceva Coquille, dev' essere fatta prontamente senza « dilazione » (2).

Ma nulla vieta, che con conoscenza di causa questo termine possa essere prorogato dal Giudice, nel caso per esempio, in cui l'esecutore testamentario fosse stato trattenuto nelle sue operazioni da contestazioni o altrimenti; o anche quando fosse provato essere stato il termine insufficiente per adempire la missione ordinata nel testamento. Tal' era l' antica giurisprudenza attestata da Dumoulin (3) Ferriere (4) e Ricard (5). Pensiamo doversi oggi decidere lo stesso, e la Corte di Corsica l'ha giudicato il 1° di giugno 1822 sulle nostre conformi conclusioni (6).

2000. Ma questo termine di un anno ed un giorno, a contare dalla morte, non potrebb'essere esteso per la volontà del testatore. I termini del nostro articolo lo dicono sufficientemente. L' articolo primitivo era così concepito: « Egli potrà dare loro il possesso per un « anno ed un giorno a contare dalla sua morte « di tutto o solamente d'una parte del suo mo« biliare (7). » Codesta redazione indicava ben evidentemente, che il testatore nel dare il possesso, doveva circoscriverlo nel termine di un anno. Nulladimeno il Tribunato pensò essere mestieri adoprare anche maggiore precisione nel testo, ed onde il termine non si potesse estendere in verun caso, propose la redazione, ch' è divenuta quella dell'art. 1026 (8).

Queste circostanze mostrano dunque chiaramente qual' è stata la positiva intenzione del legislatore (9), e sarebbe sconoscerla, se si facesse valere la volontà del testatore, che ordinasse dovere durare più di un anno ed un giorno il possesso del suo esecutore testamentario.

Inoltre osservate, che il possesso, che, come dice Coquille (10) è ordinato per dritto speciale, non deve fare un troppo lungo ostacolo al possesso di fatto dell' erede, perchè sarebbe un allontanarsi di troppo dalla regola fondamentale: *il morto impossessa il vivo*, e sarebbe una limitazione troppo grande al diritto dell' erede.

2001. Bacquet (11) dà un'enumerazione dei mobili, de' quali l' esecutore testamentario ha il possesso. E sono il danaro contante, il vasellame di argento, gli utensili di casa, gli abiti, i gioielli, i debiti attivi, gli arretrati e le rendite, le pigioni delle case, le raccolte di grani dovute e scadute nel giorno della morte, non già i frutti, raccolte, pigioni ed interessi, che scaderanno nell' anno del possesso. Imperocchè queste cose sono considerate come immobili relativamente all' esecutore testamentario (12), ed il testatore non ha potuto dargli, che il possesso del mobiliare esistente in tempo della sua morte. Nulladimeno era d' uso nel Castelletto di Parigi (13), che l' esecutore testamentario ricevesse i frutti scaduti pendente la sua amministrazione, e si pensa molto generalmente (14), dover essere quest'uso serbato al dì d' oggi.

2002. Abbiamo detto, che il possesso comprende i crediti del defunto esistenti nella successione (15). Ora l'esecutore, che se ne trova impossessato dopo l' inventario (16), deve riscuotere il pagamento di questi crediti, e se vi fosse colpa da parte sua, e che pel suo fatto i debitori divenissero insolvibili, potrebbe essere dichiarato responsabile, per avere mancato alla diligenza, che deve distinguerlo nella sua amministrazione (17). Bisogna rimarcare nondimeno che l' esecutore testamentario adempie un officio preciso, quasi sempre disinteressato, e che la sua gestione deve essere giudicata con equità (18).

2003. Un' altra conseguenza del possesso del mobiliare dato all' esecutore testamentario, è che deve pagare i legati mobiliari (19), ma non deve farlo, se non dopo di avere chiamati gli eredi (20), perciocchè costoro hanno inte-

(1) V. le costumanze citate da Ferrieres *sopra Parigi* nella conferenza sull'articolo 297.
(2) *Sul Nivernese; De' Testamenti*, art. 2.
(3) *Loc. cit.* n. 12.
(4) *Sopra Parigi*, art. 297, gloss. 1, n.i 28 e seg.
(5) *Loc. cit.*
(6) *Aggiungi* Grenier, n. 330. V. *contra*, Toullier, t. V, n. 594.
(7) Fenet. t. XII, p. 386.
(8) Fenet, t. XII, p. 464 *in fine*.
(9) V. nondimeno, *contra*, MM Delvincourt. t. II, p. 373, e Duranton, t. IX, n. 398 e 400.
(10) *Sul Nivernese, De' testam.*, art. 2.
(11) *Del dritto di bastardia*, cap. 7. n. 5.
(12) Furgole, *loc. cit.*, n. 40.
(13) Rousseaud de Lacombe, v° *Execut. testam.*, n. 7.
(14) Toullier, t. V, n. 587 Delvincourt, n. 5, sulla p. 39. Poujol n. 6, sull'art. 1031. V. *contra*, M. Coin-Delisle. n. 4, sull'art. 1027.
(15) Bacquet, *loc. cit.* Consuetudo del Nivernese, *Test.* art., 8. V. Coquille su quest' art.
(16) Coquille, *loc. cit.*
(17) Furgole, cap. 10, sez. 4, n. 34.
(18) Ferrieres *su Parigi*, art. 297, gloss. 2, n. 23. *Infra*, sull'art. 1031.
(19) Art. 1027 del Cod. Nap. Loisel, *Instit.*, l. 2, t IV. n. 15.
(20) Orleans, art. 291. Sens, art. 74. Nivernese, *Testamenti*, art. 2. Coquille su quest'articolo.

Digitized by Google

resse di conoscere, se non vi è nulla da dire contro il testamento, e se i legati non fanno ostacolo al pagamento dei debiti (1). (Si sa, che i debiti debbono essere pagati prima dei legati). E se gli eredi si oppongono, l'esecutore testamentario potrà sempre dilazionare il pagamento sino a che il giudice vi avrà pronunziato (2).

2004. Un'altra conseguenza del possesso dei mobili è, che l'esecutore testamentario deve concorrere al pagamento dei debiti. È vero, non essere questo un officio preciso dell'esecutore testamentario, perchè i debiti sono indipendenti dal testamento, e l'esecutore testamentario è unicamente preposto all'esecuzione di questo atto di ultima volontà (3). Ma è una conseguenza del possesso (4), ed è chiaro che l'esecutore testamentario essendo impossessato dell'attivo, deve vegliare, onde i debiti non restino in sofferenza (5). Però rileveremo, che un esecutore testamentario non deve far nulla senza porsi di concerto con l'erede; è questo un punto che egli non deve obbliare. A menochè non si trattasse di debiti urgentissimi, tuttaffatto liquidi (6), e che meritano, come dice Coquille (7), una considerazione speciale di pietà, l'esecutore testamentario avrà la prudenza di non impegnare la sua responsabilità con dei pagamenti precipitati, che potrebbero essergli rimproverati dall'erede.

2005. Da ciò siegue, che i creditori della successione, che vorranno intentare con prudenza la loro azione, non dovranno limitarsi a mettere in causa l'esecutore testamentario per ottenere il pagamento dei loro crediti mobiliari, ma bisognerà, che citino pure l'erede; senza di che la sentenza renduta contro l'esecutore testamentario solo, non avrà contra l'erede la autorità della cosa giudicata (8), perocchè l'esecutore testamentario non ha mandato di rappresentare l'erede, se non in quelle cose, che emergono dal testamento, e sono confidate alle sue cure, ed abbiamo detto, che il pagamento dei debiti non entra per se stesso in questa classe.

ARTICOLO 1027 — (982)

L'erede potrà fare cessare il possesso, offrendo di consegnare agli esecutori testamentari una somma sufficiente per il pagamento de' legati mobiliari, o giustificando tale pagamento (a).

SOMMARIO

2006. Spiegazione di quest'articolo.

COMMENTARIO

2006. Prima del codice Napoleone talune consuetudini autorizzavano l'erede a fare cessare il possesso testamentario, dando cauzione (9). Ma Ricard (10) c'insegna, che questo punto incontrava difficoltà nella maggior parte dei paesi, la cui consuetudine non conteneva a tal riguardo una disposizione precisa. L'art. 1027 ha avuto per iscopo di mettere fine a queste contestazioni, e l'erede potrà quindi fare cessare il possesso, offrendo di consegnare agli esecutori testamentari una somma sufficiente pel pagamento dei legati mobiliari.

Ed in effetti il possesso non è stabilito nello interesse degli esecutori testamentari, e non ha altro scopo, menochè di assicurare il pagamento dei legati mobiliari; laonde è giusto, che l'erede possa farlo cessare, mettendo a disposizione dell'esecutore testamentario una somma sufficiente per soddisfare questi legati.

Per applicazione appunto di questo articolo la corte di Bruxelles (11) ha giudicato in una specie, nella quale il testatore aveva ordinato, che tutti i beni sarebbero stati venduti per le cure del suo esecutore testamentario, che gli eredi avevano potuto impedire la vendita di questi beni, offrendo una somma sufficiente per la soddisfazione dei legati.

(1) Coquille, *loc. cit.*
(2) Coquille, *loc. cit.*
(3) Dumoulin, art. 95, *su Parigi*, n. 13: « . . . *Quia debita non sunt onus testamentorum* ».
(4) Ricard, part. 2, n. 76.
(5) Loisel. *Inst. consuet.*, l. II, art. 4, n. 15. Nivernese, *De' testam.*, art. 7. Sens, art. 77. Berry, *De' testam.*, art. 22, Auxerre art. 234. Troyes, art. 115. Pothier, *Donat. testam.*, cap. 5, sez. 1, art. 2, §. 3.
(6) Legrand *su Troyes*, art. 115, n. 6.
(7) Coquille sul Nivernese, *Testamenti*, art. 7.
(8) Cassat. (Cam. civ.), 18 agosto 1825 (Devill. 8, 1, 166).
(a) È uniforme a quest'articolo l'art. 982 delle nostre Leggi civili. *Il trad.*
(9) Nivernese, *Testamenti*, art. 6. Meaux, art. 35. Borbonese, art. 295.
(10) Part. 2, n.ⁱ 82 a 85.
(11) 16 marzo 1811 (Devill., 3, 2, 446).

Digitized by Google

ARTICOLO 1028 — (983)

Colui, che non può obbligarsi, non può essere esecutore testamentario (a).

SOMMARIO

2007. Perchè la legge esige per questo mandato la capacità del mandatario.
2008. Basta la capacità nel momento dell'esecuzione.
2009 Le donne possono adempiere le funzioni di esecutore testamentario.
2010. Le incapacità relative di ricevere non impediscono di essere esecutore testamentario: così il medico, il prete, il figlio naturale ec.
2011. Gli eredi ed i legatarii possono anche essere esecutori testamentarii.
2012. Le funzioni di tutore e quelle di esecutore testamentario non hanno nulla d'incompatibile.
2013. *Quid* della capacità d'una persona insolvibile?

COMMENTARIO

2007. Risulta dall'art. 1990 del codice Napoleone, potersi scegliere un mandatario anche tra le persone incapaci di obbligarsi, salvo al mandante ad imputare a sè stesso, se per ragione dell'incapacità personale del mandatario, la sua azione di responsabilità contra questo ultimo vien meno (1). Qui sebbene l'esecutore testamentario sia un mandatario, la legge ha nondimeno richiesto, che le persone sulle quali può cadere la scelta del testatore, fossero capaci di obbligarsi, ed è facile di comprenderne la ragione. Nel mandato ordinario il solo mandante soffre dell'incapacità del suo mandatario, ed ha sempre la risorsa di rivocarlo, se lo crede conveniente, mentre quando si tratta d'un esecutore testamentario, l'incapacità del mandatario potrà ledere gli eredi o i legatari senzachè abbiano partecipato alla sua nomina, e senzachè abbiano diritto di rivocarla.

2008. Bisogna dunque che la persona nominata esecutore testamentario sia capace di obbligarsi; ma questa capacità è richiesta soltanto nel momento dell'esecuzione, sì che la scelta del testatore può cadere su di una persona, che era tuttavia minore nel momento della confezione del testamento, purchè sia maggiore nel tempo, in cui sarà chiamata ad accettare il mandato.

2009. Gli articoli seguenti si occupano del caso, nel quale una donna maritata, o un minore, emancipato o no, sono stati nominati esecutori testamentari, e rinviamo al comentario di questo articolo le quistioni, che più specialmente si riferiscono a queste sorti di persone.

Limitiamoci qui a dire, che una donna, che non è in podestà del marito, non ha bisogno di veruna autorizzazione per poter adempiere funzioni di esecutore testamentario, dapoichè queste funzioni non sono pubbliche, e possono essere adempite da ogni sorte di persona (2).

La corte di Colmar (3) ha applicato questi principi in un caso, in cui un testatore aveva scelto uno straniero per esecutore testamentario.

2010. Le incapacità relative di certe persone di ricevere per testamento non importano incapacità per le funzioni di esecutore testamentario; per esempio il medico, che avesse curato il testatore nella sua ultima infermità, il prete, che l'avesse assistito nei suoi ultimi momenti (4), il coniuge in seconde nozze, o il figlio naturale, che avesse di già ricevuto in vita del testatore tutto quello, che era permesso di loro donare, possono essere nominati esecutori testamentari. Così era nell'antica giurisprudenza, il perchè nelle consuetudini, che non permettevano al marito di donare per testamento a sua moglie *aut vice versa*, un marito non mancava per questo della facoltà di nominare sua moglie sua esecutrice testamentaria (5).

2011. Inoltre veruna disposizione vieta agli eredi ed ai legatari di essere esecutori testamentari. Nondimeno dioiamo col sig. Toullier (6), che l'erede, che volesse attaccare il testamento, dovrebbe ricusare la missione di esecutore testamentario; altrimenti si esporrebbe in prosieguo ad essere respinto per avere approvato il testamento.

2012. Similmente non vi è incompatibilità tra le funzioni di tutore e quelle di esecutore testamentario.

Lungi dall'essere opposte queste due funzioni sembrano per lo contrario doversi fortificare l'una per mezzo dell'altra. Colui, che

(a) Uniforme a quest'articolo è l'art. 983 delle Leggi civili. *Il trad.*

(1) Il mio Commentario del mandato n.i 329 e seg.

(2) Coquille, *Nivernese*, *Testamenti*, art. 2, Ricard, part. 2, n 67. Pothier, *Donat. testam.*, cap. 5, sez. 1, art. 1. Grenier, n. 332.

(3) 8 novembre 1821 (Devill., 6, 2, 482). *Aggiungi* Pothier, *Donat. testam.*, cap. 5, sez. 1, art. 1.

(4) Pau, 24 agosto 1825 (Devill., 9, 1, 192).

(5) Pothier, *loc. cit.*

(6) T. V, n. 579.

ha ricevuto dal padre moribondo la missione di amministrare la persona ed i beni di suo figlio, ed al quale si trovano così confidati i più cari interessi del testatore, e meglio di ogni altro in istato di eseguire le sue disposizioni di ultima volontà. Per lo che si può essere sorpreso, che i tribunali abbiano dovuto pronunziarsi su di una simile quistione (1).

2013. Si domanda se una persona senza beni sia capace di ricevere un mandato di esecutore testamentario. Tre ipotesi possono presentarsi: o il testatore ha conosciuto lo stato di fortuna dell' esecutore testamentario nel momento, in cui l' ha nominato col suo testamento, ed allora la sua nomina deve rimaner ferma, perchè ha voluto aver fede in lui (2). O l' esecutore testamentario, solvibile nel momento della sua nomina, è divenuto insolvibile solamente dopo il testamento, ed il testatore non ne ha saputo nulla, l' esecutore testamentario può essere rivocato (3), o per lo meno costretto a prestare cauzione (4), perciocchè si presume, che il testatore non l' avrebbe nominato, se avesse conosciuto il disordine dei suoi affari. O da ultimo l' esecutore testamentario è divenuto decotto dopo di avere intrapresa la sua carica, e si deve rendere contra di lui la stessa decisione.

Articolo 1029 — (984)

La donna maritata non potrà accettare l' esecuzione testamentaria, se non col consenso di suo marito.

S' è separata di beni sia per contratto di matrimonio, sia per sentenza, potrà farlo col consenso di suo marito, o, aut suo rifiuto, autorizzata dal giudice conformemente a quanto è prescritto negli art. 217 e 219 nel titolo del matrimonio (a).

SOMMARIO

2014. Condizione dell' accettazione della donna maritata, alla quale viene deferita un' esecuzione testamentaria.

2015. *Quid* se la moglie possiede de' parafernali.

2016. Il marito, che ha autorizzato la moglie in comunione ad accettare un' esecuzione testamentaria, è responsabile su' proprii beni?

COMENTARIO

2014. La disposizione di questo articolo prevede il caso, in cui un' esecuzione testamentaria è deferita ad una donna maritata, e come conseguenza dell' articolo precedente, che non permette di essere esecutori testamentari a coloro, che sono incapaci di obbligarsi, dispone, non potere la donna accettare un' esecuzione testamentaria senza esservi stata autorizzata dal marito o dal giudice, secondo i casi.

Ma questo articolo non si contenta di applicare qui la regola ordinaria, che prescrive potersi la moglie obbligare in virtù dell' autorizzazione del giudice, se manca il consentimento del marito (5). Esso va più lontano, e distingue, se la moglie è o no separata di beni. Nel caso, in cui la moglie non è separata di beni, non potrà mai accettare, che col consentimento del marito, nè l' autorizzazione del giudice potrà supplire il rifiuto del marito. Avverrà diversamente nel caso contrario, vale a dire se la moglie è separata di beni, sia per contratto di matrimonio, sia per sentenza; allora sulla ricusa del marito la moglie potrà essere autorizzata dal giudice.

Codesta distinzione è stata introdotta nello interesse degli eredi, perocchè la legge non ha voluto, che questi ultimi si trovassero in presenza di un esecutore testamentario, che non offre loro una piena responsabilità. E si scorge, che in tutti i casi, nei quali la moglie non è separata, la semplice autorizzazione del giudice, data in difetto dell' autorizzazione del marito, non offre agli eredi un' azione sufficiente sui beni appartenenti alla moglie, e dei quali il marito ha il godimento (6).

2015. Al caso di separazione di beni bisogna assimilare quello, nel quale la moglie essendo maritata sotto il regime dotale, possiede dei beni parafernali, dei quali ha il godimento (7). Allora ella sarebbe relativamente allo erede nella stessa posizione, come se fosse separata di beni, poichè i suoi beni parafernali in piena proprietà potranno garentire le eventualità della sua gestione. È questa una omessio-

(1) Parigi, 15 messidoro anno XII (Devill., 1, 2, 203).

(2) Papiniano, l. 26, § 1. D., *Quand. dies leg. ced.*

(3) Pothier, *Donat. testam.*, cap. 5, sez. 1, art 1.

(4) Coquille *sul Nivernese, Testam.*, art. 2 *in fine.* Argomento della l. 21, § 4, D., *De annuis legat.* (Scevola).

(a) È uniforme a quest'articolo l'art. 984 delle Leggi civili. *Il trad.*

(5) Art. 217, 218, 219 del Cod. Nap.

(6) Il mio *Comentario del contratto di matrimonio*, n.i 847 e 915.

(7) Art. 1536, 1575 del Cod. Nap.

Digitized by Google

ne del codice facile a spiegarsi. Si sa, che nel progetto originario del codice Napoleone non si era ammesso il regime dotale (1). Or nel tempo della redazione dell' art. 1029 non si era ancora discusso il titolo del contratto di matrimonio.

2016. Si domanda se l' autorizzazione data dal marito alla moglie in comunione lo rende responsabi'e tanto sui beni propri, quanto sui beni della comunione? Questa quistione dovrebbe essere risoluta per l' affermativa, se si volesse prendere alla lettera l' art. 1419 del codice Napoleone (a). Ma come altrove abbiamo spiegato (2), questo articolo è fondato su questa presunzione, cioè che il marito ha dato la sua autorizzazione in vista degl' interessi della comunione e dei suoi propri. E quantunque questa presunzione sia la più frequente, nulladimeno essa non è assoluta, e cesso nel caso, in cui la comunione non ricava verano interesse dall' atto autorizzato (3). Ora il ministero dell' esecutore testamentorio è un ministero pio e grotuito di sua natura, e però non ha per conseguenza di produrre dei profitti alla comunione; e se il marito autorizza sua moglie ad accettarlo, non è per uoa veduta di lucro, ma per rispetto della volontà del defunto (4).

Questo decisione dovrebbe essere seguita, anche quando una modica ricompensa (un diamante) fosse annessa all' esecuzione testamentaria (5) Dapoichè non si può supporre, che il marito abbia data la sua autorizzazione, adescato da questa rimunerazione, che non è altro, che un segno di riconoscenza, emanato dal testatore.

Che se l' esecutrice testamentaria fosse contemporaneamente iostituita legataria nel testamento non vi sarebbe maggiore difficoltà (6). Ci sembra nonpertanto, che questo punto deve essere risoluto con una distinzione; o risulta dal testamento, che il legato è indipendente dall' esecuz'one testamentaria, ed allora l' autorizzazione data dal marito non potrebbe impegnare la sua responsabilità, poichè egli non ha fatto altro, che abitare sua moglie ad un ministero, che nel caso particolare non cessa di essere gratuito. Diciamo, che uoo cesso di essere grotuito, perchè il legato sussiste senza l' esecuzione testamentaria, e l' esecuzione testamentaria senza il legato. Ovvero il legato e l' esecuzione testamentaria sono intimamente legati insieme, ed allora si dovrebbe decidere che l' autorizzazione del marito non essendo stata disinteressata egli rimane coobbligato con sua moglie.

Articolo 1030 — (985)

Il minore non potrà essere esecutore testamentario neanche con l' autorizzazione del suo tutore o curatore (b).

SOMMARIO

2017. Difficoltà che quest' articolo ha avuto per obietto di fare cessare.
2018. Quale sarebbe la sorte di un legato fatto al minore in considerazione dell' esecuzione testamentaria, che gli è conferita.

COMMENTARIO

2017. Questo artícolo è un secondo corollario dell' art. 1028 ed una conseguenza degli articoli 450 e seguenti del codice Napoleone (c). Esso col non distinguere tra il minore emancipato o no, ha messo termine ad una difficoltà, che si era elevata anticamente giusta l' opinione di alcuni autori, e specialmente di Pothier (7), per sapere se un minore emancipato potesse accettare una esecuzione testamentaria, soprattutto quando ne fossero modici i pesi (8).

2018. Il s'gnor Delvincourt (9) si è dimandato quale sarebbe la sorte di un legato fatto ad un minore in considerazione dell' esecuzione testamentario, che gli è conferita, ed ha creduto doversi fare la seguente distinzione. Se il testatore ha creduto il minore in istato di maggior età, il legato è caduco, perchè la con-

(1) Fenet, t. II, p. 302 e seg.

(a) Quest' articolo non è stato riprodotto nelle nostri Leggi civili *Il trad.*

(2) Il mio *Comentario sul contratto di matrimonio*, n. 842 a 847.

(3) Il mio *Comentario sul contratto di matrimonio*, n. 846, 1229 e 1231.

(4) Vazeille sull' art. 1029, n. 2, e Coin-Delisle sullo stesso art. n. 1 vogliono, che si applica qui l' art. 1419.

(5) Il mio *Commentario sul contratto di matrimonio*, n. 846.

(6) Delvincourt, t. II, n. 10, sulla p. 160, e Dalloz, *Dispos. tra vivi e testam.*, cap. 8, sez 2, n. 3, pensano che, in questo caso bisogna distinguere, se il legato è mobile od immobile, e non applicare l' art. 1419, se non quando il legato è mobile.

(b) Quest' articolo è uniforme all' art. 985 delle Leggi civili. *Il trad.*

(c) Art. 373 e seguenti della Leggi civili. *Il trad.*

(7) Pothier. *loc. cit.*

(8) Grenier, n 333.

(9) T. II, p. 376.

dizione sotto della qual è stato fatto, non può essere adempita. Che se pel contrario il testatore ha conosciuta la minorità di colui, che nominava esecutore testamentario, e gratificava in questa qualità, la condizione è semplicemente ripulata non scritta per essere contraria alle leggi, ed il legato potrà ricevere il suo effetto.

Questa distinzione è stata rigettata con ragione. Ed in effetti, che cosa importa, che il testatore conosca oppur no la minorità? Se ha inteso di subordinare la sua disposizione allo adempimento della condizione, il legato rimarrà come non fatto, (a) e reciprocamente se il legato è indipendente dalla esecuzione testamentaria, non sarà meno valido (1).

Articolo 1031 — (986).

Gli esecutori testamentari faranno apporre i suggelli, se vi sono eredi minori, interdetti, o assenti.

Faranno fare in presenza dell' erede presuntivo, o esso debitamente citato, l'inventario dei beni della successione.

Provocheranno la vendita del mobiliare in mancanza di denaro sufficiente per pagare i legati.

Vigileranno, onde il testamento sia eseguito, o potranno in caso di contestazione sulla sua esecuzione intervenire per sostenerne la validità.

Dovranno allo spirare dell' anno dalla morte del testatore rendere conto della loro gestione.

SOMMARIO

2019. Delle prerogative date dal Codice all' esecutore testamentario.
2020. Deve far apporre i suggelli.—Confutazione d'una opinione del sig. Pigeau.
2021. L'offerta di consegnare la somma necessaria per lo pagamento de' legati mobiliari toglie all'esecutore testamentario il dritto di chiedere l' apposizione dei suggelli.
2022. L'esecutore testamentario deve far fare l' inventario.
2023. Potrebb' essere dispensato dal testatore di fare l'inventario.
2024. Deve provocare la vendita del mobiliare.
2025. Deve vegliare all'esecuzione del testamento.
2026. Potrebbe fare vendere gl' immobili?
2027. Delle distribuzioni di beni autorizzate nel dritto antico.
2028. L' esecutore testamentario deve rendere conto della sua amministrazione.
2029. Come questo conto dev'essere renduto.
2030. Quello, che il conto deve contenere.
2031. Continuazione.
2032. L' esecutore testamentario non può pretendere verun salario.
2033. Degl' interessi, che devo, o che gli sono dovuti.
2034. Carattere dell'azione, alla quale è sottoposto.

COMENTARIO

2019. Abbiamo veduto negli articoli, che precedono, che gli esecutori testamentari non sono, che de' mandatari irregolari sotto molti rapporti. La disposizione di quest'articolo n'è una pruova dippiù. Ed in effetti un semplice mandatario, che non avesse de' poteri speciali, non potrebbe nè fare inventario, nè fare vendere ecc. come la legge virtualmente ne dà il dritto all'esecutore testamentario. Così ne' paesi di dritto scritto, ne' quali l'esecutore testamentario, non aveva nè maneggio degli affari, nè amministrazione, ed ove veniv'assimilato ad un semplice mandatario per sorvegliare l'esecuzione del testamento, non aveva le prerogative delle quali parla il nostro articolo ne' tre primi comma (2).

Ma il codice ha voluto in conformità dello spirito delle consuetudini, che l'esecutore testamentario restasse quello, ch' è sempre stato secondo le tradizioni nazionali vale a dire un mandatario con delle attribuzioni speciali e con un dritto d'intervenzione conservatrice.

2020. In primo luogo l'esecutore testamentario deve fare apporre i suggelli. Ma il sig. Pigeau ha pensato (3) che il primo paragrafo del nostro articolo era stato abrogato dagli articoli 910 e 911 del codice di Procedura (b); ed ecco come egli ragiona:

« L'esecutore testamentario non è stabilito « nell'interesse degli eredi, ma bensì in quello « de' legatari, pe' quali deve vegliare. Se dun- « que gli eredi minori o interdetti hanno dei « tutori, spetta a loro a fare l'apposizione dei « suggelli. L' esecutore testamentario non lo

(a) E per verità qui non si tratta di una condizione contraria alle leggi nel senso della condizioni testamentario, di una condizione, che obbligasse il legatario a fare quello, che la legge riprova o a non fare quello, ch'essa comanda, ma si tratta bensì di una ricompensa data ad un' opera, che si è incapace di esercitare. *Il tradut'.*

(1) Dolloz vol. 1, p. 124, n. 6. Vazeille, n. 2, sull'art. 1030. V. *sopra*, n. 259, ed *infra*, n. 2103 e seg., art. 1078

(2) Fargole, cap. 10, sez. 4, n. 25 e seg. n. 157.

(3) *Trattato della procedura civile*, t. II, p. 579, n. 9.

(b) Art. 987 e 988 leggi di proced. civile *Il trad.*

« può per essi. La pruova si trova negli art.
« 910, 911 del codice di Procedura civile,
« da'quali risulta, che il mioistero pubblico
« non può chiedere, nè il giudice di pace ap-
« porre i suggelli di officio, quando il mioore
« ha un tutore, perchè spetta a lui a vegliarvi.
« E se la legge di corica quest'uffiziale da tale
« curo, perchè l'esecutora testamentario oe
« sarebbe tenuto?

« Se l'erede è assente, non spetta neppuro
« a quest'esecutore testamentario nd ogire per
« lui, ma bensì al mioistero pubblico o al giu-
« dice di pace, cui l'art 911 iogiunge di ve-
« gliare per l'erede assente.

« Adunque in niun caso l'esecutore testamen-
« tario può chiedere l'apposizione de'suggelli
« per lo erede; ma lo può pe'legatari, se costo-
« ro nol fanno, e vi sono pure de'casi, ne'quali
« non lo può per questi ultimi: 1°. quando il
« legatario ha un tutore (argomento dagli art.
« 910 e 911); 2.° se i legatari sono maggiori,
« presenti e non interdetti; 3.° se si offre di
« consegnare a quest'esecutore testamentario
« una somma sufficiente pel pagamento de' le-
« gati mobiliari. »

Questo ragionamento del sig. Pigeau pecca nella sua base.

Gli esecutori testamentari non sono stati stabiliti soltanto nell'interesse de'legatari, ma anche, nell'interesse del testamento, affinchè la volontà del testatore abbia il suo pieno ed intiero effetto. Per lo che l'esecutore testamentario adempie la sua missione, quando procede a degli atti conservatori, che hanno per iscopo di mantenere l'ordine e l'integrità nelle cose, delle quali il testamento ha disposto. L'apposizione de'suggelli è un atto conservatorio di questo genere; essa vieta, che delle mani indiscrete, quali si siano, non s'impadroniscano de'mobili della successione o ne distornino una parte. Si può avere, a temere siffatta dilapidazione da molte persone oltre l'erede. L'erede può essere lontano; il testatore può essere circondato ne'suoi ultimi momenti da servitori infedeli, che, per così dire, si trovano padroni di tutte le sue ricchezze, e possono farle scomparire. Qual'inconveniente vi è, che l'esecutore testamentario faccia apporre i suggelli, e conservi con questo mezzo i mobili della successione? Per verità quest'atto è nell'interesse dell'erede, ma è pure nell'interesse de'legatari. In una parola è nell'interesse del testamento, e questo basta per legittimarlo.

Se il codice di Procedura non fa intervenire il ministero pubblico per l'apposizione de'suggelli, quando il minore ha un tutore, ne siegue forse, che toglie all'esecutore testamentario l'esercizio di un dritto conservatorio, che gli concede una espressa disposizione del codice Napoleone? Come il sig. Pigeau non ha veduto, che l'accrescimento delle precauzioni, che la legge prende per assicurare l'esecuzione del testamento, non contiene nulla di contraddittorio; che per lo contrario rientra nello scopo del legislatore, che per tutte le vie possibili ha voluto circondare la volontà de'moribondi di bastioni inattaccabili, capaci di difenderla contra tutt'i generi di mala fede e di malversazione? Che importa dunque, che l'erede minore abbia un tutore, che possa dimandare l'apposizione de'suggelli? La garantia, che quest'atto procura, non sarà forse molto meglio assicurata, quando vi sarà un esecutore testamentario, pronto a richiederla, se il tutore non è stato così vigilante?

2021. Il signor Pigeau dice, che l'offerta di consegnare la somma necessaria pel pagamento dei legati mobiliari toglie all'esecutore testamentario il dritto di richiedere l'apposizione dei suggelli. Questa opinione è più plausibile, e può essere corroborata da un arresto della corte di Bruxelles dei 16 di marzo 1811 (1). Nulladimeno non la credo al coverto di ogni attacco, e mi sembra, che il dritto di dimandare l'apposizione dei suggelli è indipendente dal possesso accordato all'esecutore testamentario, perocchè autorizza soltanto a fare un atto conservatorio, che in certi casi può essere richiesto dagli estranei, da'servitori e domestici del defunto, dalle persone infine, che non hanno nulla da pretendere sulla successione; ora l'offerta della somma necessaria per il pagamento dei legati mobiliari fa cessare il possesso, come dice l'art. 1027, ma non toglie all'esecutore testamentario i suoi diritti di sorveglianza ed il potere, che la legge gli conferisce di prestare le sue cure all'esecuzione del testamento (2).

2022. In secondo luogo l'esecutore testamentario deve far fare inventario, ma bisogna, che lo faccia in presenza dell'erede presuntivo, o esso debitamente chiamato (3). Codesto inventario deve contenere non solamente i mobili, il cui possesso ha potuto essere stato dato allo esecutore testamentario, ma anche tutti i beni della successione. Il che mi sembra provare ancora, che le obbligazioni tracciate nell'art. 1031 (a) sussistono sempre, comunque il possesso sia cessato per effetto dell'art. 1027 (b); e che se l'esecutore testamentario deve fare inventario, non è già per constatare le forze del mobiliare, di cui s'incarica, ma per determi-

(1) Devill., 3, 2, 446.

(2) *Aggiungi* Berriat-Saint-Prix, p. 690, nota 5, n. 2. Carrè e Chauveau (Adolfo), *quist.* 3063.

(3) Consuetudine del Nivernese, *Testam.* art. 2, Loisel, l. 2, t. IV, a. 15 Consuet. di Parigi art. 297.

(a) Leggi civili art. 986.

(b) Leggi civili art. 982.

nare quelle della successione intiera a fine di evitore le degradazioni o malversazioni. Dapoi chè se tale non fosse stato lo scopo della legge, essa avrebbe incaricato l' esecutore testamentario di fare l' inventario dei mobili, quando ne ha il possesso, ma non già di fare l'inventario di tutta la successione, della quale non è impossessato.

2023. L' esecutore testamentario potrebbe essere dispensato per effetto del testamento da questo inventario? Questa quistione era controvertita nel dritto antico. Gli uni (1) pensavano, che l' esecutore testamentario non poteva essere discaricato dalla obbligazione di fare l'inventario in virtù del principio: *nemo potest suo testamento cavere ne leges in suo testamento locum habeant* (2). Altri opinavano al contrario, che il testatore il quale poteva legare i suoi mobili ed effetti mobiliari all' esecutore testamentario, poteva con maggiore ragione dispensarlo dal fare inventario (3). Ma bisogna osservare, che siffatta quistione proveniva da una legislazione, che dava sempre il possesso dei mobili all' esecutore testamentario, e che giusta l' interpretazione degli autori esigevo soltanto, che facesse l' inventario dei beni mobili, dei quali aveva il possesso, a fine di constatare l' integrità della sua amministrazione, e di stabilire le basi del conto, che doveva rendere.

Oggi non è lo stesso; l' esecutore testamentario non ha il possesso di pieno dritto, e dippiù l' inventario, che la legge obbliga di fare, comprende non solamente i mobili, ma anche gl' immobili della successione.

E dapprima quando l' esecutore testamentario non ha nè amministrazione nè possesso, ed è ridotto all' uffizio di sorvegliante, come avviene sotto il codice Napoleone, in tutti i casi, nei quali il testatore non gli ha dato espressamente il possesso, niun dubbio, che il testatore abbia il dritto di dispensarlo dal fare l' inventario dei beni della successione. Padrone di non nominare un ministro speciale per l'esecuzione delle sue volontà, può con maggiore ragione restringere i suoi doveri.

Ma se ha il possesso dei mobili, se ha la disposizione di considerevoli somme, s' è incaricato di pagare i debiti della successione, come il testatore può durgliene lo aissione, la quistione è più difficile, e per risolverla bisogna distinguere:

O il testatore l' ha dispensato dal fare l' inventario dei mobili e degl' immobili.

O lo ha dispensato soltanto dall' inventario degl' immobili.

Il secondo caso non può dar luogo a controversia. L' inventario degl'immobili non è posto a peso dell' esecutore testamentario, che come un mezzo di sorveglianza generale, dalla quale si può dispensarlo.

Ma nel primo caso l' obbligazione di fare inventario, e l' inventario dei mobili, ha un doppio obbietto; di determinare le forze della successione, e di fissare i valori mobiliari, dei quali l' esecutore ha preso il possesso. Sotto questo ultimo punto di veduta l' inventario dei mobili si lega ad un principio di buona fede, che deve dirigere l' esecutore testamentario nella sua amministrazione, e siccome non si può dispensare dalla buona fede, il signor Grenier (4) ha emesso l' avviso non potere il testatore dispensare dall'inventario l' esecutore testamentario.

Però io non veggo ragione di allontanarsi dall'opinione di Ricard e di Furgole, opinione conforme a più formali testi del dritto romano, e specialmente alla legge ultima § *Procul dubio* del codice, *arbitrium tutelae*. La dispensa di fare inventario non può avere per risultamento di favorire la mala fede, perchè l' esecutore testamentario sarà sempre sottoposto alla diligenza di un buon padre di famiglia, e se manca a questa diligenza per dei raggiri, gli interessati non sono privati del dritto di convenirlo per questo capo a fine di sentir dire di avere ricevuto più di quello, che vuole confessare (5).

Sotto l' antica giurisprudenza Pothier dava una ragione, che poteva avere una grande autorità; egli diceva, che l' esecutore testamentario, tenendo il suo possesso unicamente dalla legge non poteva averlo, che sotto le condizioni imposte dalla detta legge (6). Ma questa ragione non è più ammessibile al dì d' oggi, poichè secondo l'art. 1026 del codice Napoleone, (a) l' esecutore testamentario deve tenere il possesso dalla volontà del testatore. Ora *provisio testatoris hominis fecit cessare provisionem legis*.

Del resto il signor Toullier rileva benissimo, che la dispensa di fare inventario sarebbe inutile, se vi fossero degli eredi riservatari, perchè per constatare l' estensione della porzione disponibile, bisogna di necessità enumerare le cose della successione.

2024. In terzo luogo l' esecutore testamentario deve provocare la vendita del mobiliare, ma solamente nel caso, in cui il denaro è insufficiente a pagare i legati mobiliari. Questa disposizione ha per oggetto di procurare l'esecuzione del testamento, ed ha luogo, o che lo

(1) Ferrières *sopra Parigi*, art. 297, n 7, gloss 2. Bacquet, *Dritto di bastardia*, n°. 17 e 18.
(2) Pomponio, l. 55, D., *De legat.*, 1°.
(3) Ricard, part. 2, n. 487. Furgole, cap. 10, sez. 4, n. 27.
(4) N. 337.
(5) Toullier, t. V. n. 604.
(6) *Donaz. testam.*, cap. 5, sez. 1, art. 3.
(a) Leggi civili art. 981.

esecutore testamentario abbia oppur no il possesso del mobiliare, perciocchè il codice non distingue. Ma gli eredi possono, offrendo una somma sufficiente per soddisfare i legati, impedire, che l'esecutore testamentario metta in vendita i beni mobili della successione. Ed in vero quale interesse avrebbe l'esecutore testamentario a menare innanzi con rigore la vendita del mobiliare, quando gli eredi gli forniscono i mezzi da soddisfarli? Osservate, che solamente in mancanza dei denari sufficienti l'art. 1031 si presta alla vendita del mobiliare; or non si può dire, che non vi è denaro sufficiente, quando gli eredi offrono i fondi necessari per soddisfare alle ultime volontà del testatore. Da un altro lato gli eredi possono avere un grande interesse ad impedire la vendita dei mobili. È possibile, che vi siano nel mobile degli oggetti, che hanno per essi un prezzo di affezione, e che eglino hanno impegno di conservare. Non sarebbe uno spingere la legge a dei rigori estremi ed inutili il rifiutare agli eredi tale soddisfazione? (1)

2025. In quarto luogo l'esecutore testamentario deve vegliare, onde il testamento sia eseguito, e può intervenire nelle contestazioni, che ne attaccano la validità.

Questo dritto di vegliare all'esecuzione del testamento non è limitato ad un anno, come il possesso, ma dura per tutto il tempo, in cui vi sono delle disposizioni, di cui l'erede non ha ancora procurato l'esecuzione.

Esso dà all'esecutore testamentario il potere di fare citare l'erede per soddisfare alle disposizioni impostegli dal testamento, e da lui neglette.

Qui si presenta la quistione, se l'esecutore testamentario non potendo pagare i legati con la vendita del mobiliare, è autorizzato a costringere l'erede a vendere gl'immobili per pervenire ad assicurare così la volontà del testatore.

Questa quistione era risoluta per l'affermativa in molte consuetudini (2); e la pratica aveva fatto generalmente adottare questa soluzione nelle altre consuetudini. Nulladimeno Ricard (3) trovava molto a ridire su detta pratica, ove la consuetudine non parlava, che di mobili. Anche sotto del codice non si è parlato, che di mobili; ma l'art. 1031 nell'incaricare l'esecutore testamentario di vegliare, onde il testamento sia eseguito, ha con ciò riconosciuto nell'esecutore testamentario il dritto di costringere l'erede a fare vendere gl'immobili per l'esecuzione del testamento (4).

2026. Vi è dippiù: l'esecutore testamentario potrebbe egli stesso fare vendere gl'immobili, se ne fosse stato incaricato dal testatore; il quale mandato speciale al di fuori della missione ordinaria, che gli è riconosciuta dal nostro articolo di fare vendere i mobili, non sorpasserebbe i poteri del testatore (5). Ed in effetti abbiamo detto (6), che la morte del mandante non pone fine al mandato, quando il mandato è conceduto per essere eseguito dopo la morte del mandante. Ed in quel caso si tratta di un mandato di tale natura.

La missione dell'esecutore testamentario può essere così variata come la volontà de'testatori. Per la sua missione legale l'esecutore testamentario è solamente incaricato di pagare i legati e di vegliare al compimento del testamento. Ma nulla vieta al testatore di allargare questo mandato legale, ed abbiamo veduto, poter egli dare al suo esecutore testamentario il possesso de' mobili. Dippiù per regola è certo poter egli incaricarlo di esigere e pagare le somme dovute (7). E non si vede il perchè, non potrebb'egli dargli il mandato di fare vendere tali o tal'altri beni, mobili o anche immobili della successione per pagare i debiti.

Un tale mandato non ha nulla di contrario all'ordine pubblico, e purchè non pregiudica alle riserve stabilite dalla legge, dev'essere rispettato.

Il che è stato giudicato da un arresto della corte di Bruxelles de' 2 di agosto 1809 (8). Beninteso del resto, che questa vendita deve essere fatta in modo da non recare pregiudizio agli eredi. Ed è questo ciò, che decide questo medesimo arresto, che nel rispettare il mandato di vendere, obbliga l'esecutore testamentario ad adempierlo con le precauzioni della pubblicità e della concorrenza, propria a procurare il più alto prezzo e la maggiore quantità di sicurezza.

Nulladimeno la legalità di questo mandato è stata contestata in un modo fondamentale da un arresto della Corte di Riom de' 24 giugno 1839 riferito dal signor Bayle Mouillard (9). Vorrei conoscerne la specie ed i fatti precisi, ma non li trovo in veruna raccolta, ed il signor

(1) Bruselles, 16 marzo 1811 (Devill., 3, 2, 446).

(2) « .... Nel caso che i mobili non bastano per l'a« dempimento del testamento, l'esecutore testamentario « deve dimandare in giudizio, che gli sia permesso di « vendere qualche immobile dopo interpellato l'erede « e sul suo rifiuto. (Ferrieres *sopra Parigi*, art. 297, gloss. 2, n. 9). *Aggiungi* Furgole, cap. 10, sez. 4, n. 41. Consuet. Nivernese, *Testam.*, art. 4. Meaux, art. 38. Brettagna, antica consuetudine, art. 571, Chalons art. 75. Blois, art. 75.

(3) Part. 2, n. 78.

(4) Toullier, t. V, n. 593. Pau, 24 agosto 1825. Per verità quest'arresto è stato cassato il 26 novembre 1828 ma pel motivo, che trattavasi di un legato fatto a favore d'una chiesa, per l'accettazione del quale era necessaria l'approvazione del governo (Devill., 9, 1, 192).

(5) *Sopra* n. 270 vedete una specie, che rientra in questa quistione.

(6) *Sopra*, n. 1992.

(7) Brillon, v° *Execut. testam*, n. 11.

(8) Devill., 3, 2, 112.

(9) Su *Grenier*, n. 154, t. 1, p. 698.

Bayle-Mouillard ha omesso qualche circostanza, che si ha interesse di sapere. Checchè ne sia ecco quello, che quest'autore riferisce.

Un testatore, senza farne la condizione di verun legato avev'autorizzato sua moglie a vendere degl'immobili sino alla concorrenza di una somma determinata per impiegarla all'estinguimento de' suoi debiti passivi. Però le vendite consentite dalla moglie in virtù di quest'autorizzazione furono annullate pe' seguenti motivi:

« Considerando, che il contratto del manda« to, avendo per obietto di fare rappresentare « il mandante, e di provvedere per lo interma « dio di un terzo all'esecuzione della sua vo« lontà, doveva necessariamente finire con la « sua morte, epoca, nella quale cesserà di « averne una, e nella quale si trovava rim« pinzato da' suoi aredi testamentari, o *ab* « *intestato*; che questo termine assegnato al « mandato dalla ragione è formalmente pre« scritto dall'art. 2003 del Codice Napo« leone; (a)

« Considerando, che se per preferenza alla « volontà de' testatori la legge ha permesso di « istituire degli esecutori testamentari, che « non essendo degli eredi, possono essere ri« guardati come mandatarî, questa facoltà dà « luogo ad un mandato tutto eccezionale, che « perciò dev' essere accuratamente racchiuso « ne' limiti, che gli sono imposti ».

« Considerando, che nelle disposizioni, con « le quali il Codice regola i poteri degli esecu« tori testamentari, si vede (art. 1026) che il « testatore potrà dare loro per un anno solo il « possesso di tutto o parte del suo mobiliare: « e, art. 1031, ch'eglino provocheranno la « vendita di questo mobiliare in mancanza di « denaro sufficiente per soddisfare i legati, ma « che non si trova in alcuna la facoltà di accor« dare il possesso degli immobili ed il potere « di venderli senza le forme giuridiche a senza « il concorso degli eredi ».

« Considerando, che non si può dire, che le « disposizioni dell'art. 1026 sul possesso del « mobiliare non sono che dimostrative, e non « escludono la facoltà di accordare il possesso « degl'immobili; perchè le espressioni, nelle « quali queste disposizioni sono concepita, ed « i principî sul mandato e la trasmessione di « beni per causa di morte si oppongono a che « una tale interpretazione sia adottata: che in « effetti nel dire, che il testatore potrà dare il « possesso del suo mobiliare per un anno, e « serbando il silenzio sul possesso degl'immo« bili e la facoltà di venderli, l'art. 1026 fa « ben evidentemente comprendere, che esso « regola con ciò la latitudine del potere, che « può essere accordato all'esecutore testamen« tario, sia pure no determinato dal testamen« to, che l'istituisce, poichè dispone in un mo« do generale senz'applicazione particolare ed « esclusiva all'una o altra di queste circostanze. »

Quest' arresto è stato criticato con ragione. Dapprima è certo in dritto, cha il principio, secondo il quale il mandato finisce con la morte del mandante, riceve necessariamente eccezione, quando l' affare, che n' è l' obbietto, è di tale natura da non potersi fare, che dopo della morte, ed è sorprendente di trovare sconosciuto tale principio in un arresto dottrinale. Da un altro canto perchè la corte di Riom ha ricusato di vedere nel mandato dato al coniuge una esecuzione testamentaria? Forse perchè questo mandato non rientra negli esempi dati nell'art. 1031 del Codice Napoleone? Ma da che quest' articolo ha indicato taluni de' poteri, ch' entrano di pieno dritto nel mandato dell' esecutore testamentario, non ne segue, che la volontà del testatore non possa estendere secondo le circostanze l' autorità di colui, che ha tutta la sua confidenza. L' arresto argomenta da che la legge non permette di dare il possesso degl' immobili. Noi siamo i primi a convenirne (1), ma non fa attenzione, che ciò non è dir nulla, perciocchè una cosa è il possesso dei beni, ed un'altra cosa il dritto di farli vendere. Con'egli non ha veduto, che l'esecutore testamentario vende i mobili, anche quando non ne ha il possesso (2), e che da ciò risulta una irrecusabile pruova di non essere il dritto di vendere legato al possesso? È vero, che la legge gli concede soltanto il dritto di provocare la vendita del mobiliare, ma che quando il testamento non ha parlato del possesso, ma non è esatto di conchiuderne, non potergli conferire il testatore de' più estesi poteri. Gli articoli 1026 e seguenti sono fatti piuttosto per indicare la capacità ordinaria degli esecutori testamentari e supplire al silenzio del testatore, che per limitare il suo potere su ciò, che non ecoede la porzione disponibile; e sopra tutto sarebbe strano, che il testatore non potesse fare vendere a suo grado i beni, de' quali può disporre coma gli piace.

2027. Del resto dev'essere ben compreso, che quando ci mostriamo facili ad ammettere le estensioni date dalla volontà del testatore al mandato dell'esecutore testamentario, è a condizione, che questo mandato non sia in opposizione co' principî del dritto. Per lo che respingiamo sotto del Codice l'uso, di cui parla Furgole (3), che permetteva a' testatori di ordinare, che i loro beni sarebbero distribuiti dal lo-

(a) Leggi civili art. 1875.

(1) *Sopra* ni. 1994 e seg.

(2) Art. 1031. Bruxelles, 2 di agosto 1809 (Devill., 3, 2, 112).

(3) Cap. 10 sez. 4, n. 52. *Aggiungi* Bonifacio, arre. del parlamento di Provenza, t. II, l. 2 t. 1, cap. 5.

ro esecutore testamentario, come meglio crederebbe, e senza indicare le persone che prenderebbero parte a questa distribuzione.

Nella più parte de' essi tale disposizione è considerata come fatta a persone incerte, ed è questo un punto, che dovremo esaminare in appresso (1).

2028. Da ultimo in quinto luogo l'esecutore testamentario deve rendere conto della sua amministrazione. Si sa, che il mandato produce due azioni, l'una diretta, che compete al mandante per chiedere il conto, l'altra contraria che spetta al mandatario per farsi rimborsare delle spese, che ha fatte (2). La nostra disposizione è una conseguenza di questo principio.

Ma l'esecutore testamentario è obbligato di rendere conto, quando il testatore ne lo ha dispensato? Bisogna rispondere a questa quistione in un modo affermativo, dapoichè la dispensa di rendere conto altro non sottintende, che la dispensa di rispondere delle colpe e delle negligenze commesse nella sua gestione, ma non sottrae dall' obbligazione di rendere conto del dolo (3).

L'esecutore testamentario non cesserebbe di essere obbligato, se vi fosse un reliquato, di farne il pagamento; ed è ciò che tutti i Giureconsulti si accordano a decidere pel caso del tutore, che il suo pupillo ha dispensato dal rendere il conto. « *A reliquorum restitutione* « *tutor non liberatur ex eo, quod ei ab ipso* « *pupillo, cui ratio reddenda est, liberatio a* « *rationum redditione legata fuit* (4) »

2029. Il conto deve essere renduto all' amichevole, oppure in giudizio innanzi i giudici del domicilio del contabile (5). Nulladimeno la più parte degli autori (6) sostiene, che secondo l' articolo 59 del codice di procedura civile(a) il conto deve essere renduto innanzi il tribunale del luogo, in cui si è aperta la successione. Ma questa opinione è stata respinta con ragione da un arresto della corte di Parigi dei 2 di luglio 1839 (7).

2030. L' esecutore testamentario deve incaricarsi nel conto di tutto quello, che ha ricevuto: *ex mandato apud eum, qui mandatum suscepit, nihil remonere oportet, sicuti nec domnum pati debet* (8). Deve pure rendere conto di quello, che ha fatto contro le regole del suo dovere, di quello, che ha negletto, e di quello, che non ha fatto, dovendolo fare(9).

2031. Ma se egli non deve profittare di nulla, non deve soffrire verun danno dalla commessione, come abbiamo veduto, e deve uscirne indennizzato, *abire indemnis*. Il che è deciso dall' art. 1034(10). Può farsi dunque rimborsare di quanto ha fatto per liberare la successione e di tutti gli esiti e spese da lui fatte, come le spese funerarie ed altri simili, relativamente alle quali la consuetudine del Borbonese(11) diceva dover essere creduto sul suo giuramento, purchè avesse agito secondo la consuetudine del luogo e la qualità del defunto (12).

Deve essere pure indennizzato delle spese, che ha erogate di buona fede, sia litigando da attore, sia difendendosi. Ma per questo bisogna, che egli abbia denunciata la causa all' erede, ove questi non ne abbia conoscenza, o non vi sia intervenuto (13).

2032. Del resto non può pretendere a verun salario per la sua amministrazione, perchè ha adempito un ufficio di amico, un incarico puramente gratuito. D' altronde il mandato deve essere gratuito. La legge 88 del Digesto, *De legatis* 2. può applicarsi all' esecutore testamentario, e contiene un esempio, che conferma il nostro principio. Si può dire altrettanto della l. 49 § ultimo, del codice, *De sacrosanct. ecclesiis*, che vieta a coloro, che sono preposti per l'esecuzione delle disposizioni pie, di ritrarre dalla loro amministrazione verun profitto (14).

È marcate d' altronde, che il testatore può fare, se lo vuole, un legato al suo esecutore testamentario per ricompensarlo anticipatamente delle sue cure. Ma se il testatore non ha nulla ordinato, l' esecutore testamentario non può nulla pretendere.

Coquille diceva nondimeno(15), che il giudice poteva attribuire all'esecutore testamentario una ricompensa arbitrata secondo la qualità delle persone, la difficoltà degli affari, il tempo adoprato, e tenendo conto pure delle facoltà del defunto.

Crediamo nulladimeno, che l' incarico di esecutore testamentario è per sua natura onorifica, e che non sarebbe benefico l' esigere una ricompensa.

2033. L' esecutore testamentario deve gl'in-

(1) N°. 544 e seg.

(2) Cajo, l. 46, § 4, D., *De procurat.* V. il tit. *Mandati vel contra* nel Digesto. Consuet. del Nivernese, *Testam.* art. 9.

(3) *Sopra*, n. 957.

(4) Voet, *Ad Pand., De tutel. et ration.*, n. 11. Menochio, *De praesumpt.*, l. 4, *pr.* 164, n. 12. Gomezio, *Variar resol.*, l. 2, cap. 12, n. 83. Covarruvias, *Var. res l.*, l. 2. cap. 14, n. 4. V. *contra*, Ferrieres su P. 297, gloss. 2; n. 19.

(5) Art. 527 del codice di pro. civ.

(6) Toullier, t. V. n. 603. Dalloz, cap. VIII, sez. 3, n. 33. Poujol n. 9 sull'art. 1031, Roland de Vill., *Rep. notar.*, v° *Execut. testam.*, n. 117. Vazeille n. 2, sull'art. 1034, Coin-Delisle, n. 9, sull'art 1031.

(a) Leggi di procedura civ. art. 151. *Il trad.*

(7) Devill., 39, 2, 372, *Giornale del Palazzo*, 1839, 2, 335.

(8) Paolo, l. 20, D., *Mandati.*

(9) L. 11, 13, 21, *Mandati.* Furgole, c. 10, sez. 4, n. 68.

(10) *Infra*, n. 2044.

(11) Art. 296.

(12) Ulpiano, l. 12, § 5, D., *De religios.*

(13) Furgole, *loc. cit.*, n. 69. Toullier, t. V. n. 590.

(14) Furgole, *loc. cit.*, n. 54.

(15) Nivernese, *Testam.*, art. 11.

teressi del reliquato del suo conto dal giorno della messa in mora: può anche reclamare gli interessi delle somme, delle quali la successione gli è debitrice per la sua gestione, e questo a datare dall'anticipazione, che ha fatto (1).

2034. L'azione, che nasce contra l'esecutore testamentario pel conto della sua gestione è personale; non è ipotecaria, nè dà luogo all'arresto personale (2).

ARTICOLO 1032 — (987)

Le facoltà dell'esecutore testamentario non si trasmetteranno agli eredi (a).

SOMMARIO

2035. Quando finiscono i poteri dell'esecutore testamentario.
2036. In caso di morte dell'esecutore testamentario, devesi provocare la nomina di un nuov'esecutore testamentario?
2037. Quando la scelta dell'esecutore è stata determinata meno dall'individuo, che dalla qualità della persona, le facoltà passano alla persona, che rimpiazza l'individuo morto.
2038. L'esecutore non può sostituirsi un rimpiazzo.

2035. Il potere dell'esecutore testamentario è annesso alla sua persona, ed egli non può communicarlo nè trasmetterlo ad un altro (3).

Da ciò siegue, che termina con la morte dell'esecutore testamentario, come ogni altro mandato (4).

2036. Ma quando l'esecutore testamentario, che ha cominciato la sua gestione, viene a morire prima di averla terminata, se ne deve fare nominare dal giudice uno nel suo luogo?

Credo con Furgole (5), doversi tenere per regola, che la morte fa cessare la commessione; che gli eredi dell'esecutore testamentario non sono ammessibili a dimandare, che l'esecuzione sia da loro continuata, perchè « *industria personae electa est* », e che non se ne deve nominare uno in luogo del defunto, ma che quello, che resta da farsi, debba essere eseguito dall'erede del testatore, come se non fosse stato mai nominato un esecutore testamentario, perciocchè per la morte di colui, ch'è stato nominato, le cose ritornano ai medesimi termini (6).

2037. Nulladimeno se nella scelta del suo esecutore testamentario il defunto avesse considerato la qualità della persona anzichè quella dell'individuo; per esempio se avesse nominato il decano dei notai di tale città, le facoltà passerebbero alla persona, che rimpiazzerebbe l'individuo trapassato, perocchè la scelta è stata unicamente determinata dalla qualità, che non muore mai, e che passa da individuo ad individuo (7).

2038. Non solamente il mandato dell'esecutore testamentario non passa ai suoi eredi, ma inoltre l'esecutore non può sostituirsi un rimpiazzo, se non vi è stato espressamente autorizzato dal testatore, altrimenti si esporrebbe a delle azioni pericolose per la sua responsabilità (8).

ARTICOLO 1033 — (988)

Se vi sono più esecutori testamentari, che abbiano accettato, un solo potrà agire in mancanza degli altri, e saranno solidalmente responsabili del conto del mobiliare, ch'è stato loro affidato, tranne chè il testatore non abbia diviso le loro funzioni, e che ciascuno di loro siasi circoscritto in quelle, che gli sono state attribuite (b).

SOMMARIO

2039. Un testatore può nominare uno o più esecutori testamentari.
2040. In questo caso ciascuno può agire individualmente in mancanza degli altri.

(1) Art. 1034 a 2001 del codice Nap.
(2) Furgole, *loc. cit.*, n. 74.
(a) Quest'articolo corrisponde all'art. 987 delle leggi civili e vi è uniforme. *Il trad.*
(3) Dionigi Gotofredo sulla l. 28, C., *De sacros ec.* Furgole, *loc. cit.*, n. 43.
(4) *Instit.*, *De mandato*, § 10. *Item si.*
(5) Furgole, *loc. cit.*
(6) Novella 117, cap. 1. *Aggiungi* Grenier, n. 334. Dalloz. cap. 8, sez. 4, n. 4 V. *contra*, Ricord, par. 2, n. 65.
(7) Toullier, t. V, n. 596.
(8) Il mio *comentario del mandato* n. 416.
(b) Uniforme a quest'articolo è l'art. 988 delle Leggi civili. *Il trad.*

2041. Della responsabilità degli esecutori testamentari.
2042. Non vi è solidarietà tra gli esecutori testamentari, se il testatore ha diviso le sue funzioni.
2043. *Quid* quando essendo stati nominati più esecutori testamentari, qualcuno di loro ricusa ?

COMENTARIO

2039. Il testatore può secondo le circostanze nominare uno o più esecutori testamentari; la sua volontà a tal riguardo è pienamente libera e dev'essere rispettata.

2040. La nomina di molti esecutori testamentari non ha per conseguenza di obbligare gli esecutori, che accettano, e fare tutt' i loro atti collettivamente. Per lo contrario il nostro articolo decide, poter ciascuno agire individualmente in mancanza degli altri. Tale presso a poco è la regola, ch'è seguita in materia di società (1). Si presume, che il testatore abbia dimandato a ciascuno di loro l'attitudine necessaria per agire il meglio conforme alle sue volontà. È solamente quando ha egli diviso le funzioni, gli esecutori testamentari debbono astenersi di agire gli uni per gli altri, tenendosi strettamente circoscritti ne' limiti delle proprie funzioni.

2041. Qui viene la quistione sulla responsabilità degli esecutori testamentari; essa si decide simultaneamente pe' principii del dritto comune e per una regola speciale introdotta dal nostro articolo. Per regola gli esecutori testamentari, anche nel caso, in cui le loro funzioni non sono divise, non sono responsabili solidalmente gli uni degli altri.

Egli è vero, che nell' antico dritto romano due mandatarî, preposti dalla medesima persona, erano tenuti solidalmente; ma quale si sia il partito, che Giustiniano abbia preso su questo punto, il che è controvertito dagli autori (2), l'articolo 1995 del Codice Napoleone (a) si pronunzia contra la solidarietà (3), perchè suppone, che ciascun mandatario ha inteso di garentire soltanto i suoi proprî fatti. Considera i fatti di gestione come personali di ciascun mandatario, e ciascuno risponde solo di quello che ha fatto, o che ha omesso di fare, senzachè il mandante possa rivolgersi contra l'altro mandatario, che non è in colpa. Ecco quale è il principio, e si applica agli esecutori testamentari. Nulladimeno vi è un'eccezione, ed ha luogo nel caso, in cui gli esecutori testamentari hanno ricevuta la facoltà di disporre del mobiliare, perocchè allora gli esecutori testamentari sono tenuti solidalmente del conto da rendersi di questo mobiliare.

Il Codice vuole, che quando gli esecutori testamentari sono impossessati del mobiliare, ne siano responsabili solidalmente.

Due ragioni l'hanno determinato a prendere questo partito; la prima, che in questo caso gli esecutori testamentari sono muniti di un deposito; la seconda, che la volontà de' moribondi ha bisogno di garentia, e che bisogna assicurare la sua esecuzione mercè la maggiore risponsabilità (4).

2042. Ma se il testatore, comunque abbia data la tenuta del mobiliare, ha nondimeno egli stesso diviso le funzioni degli esecutori testamentari, e se ciascuno di loro si è circoscritto in quelle, che gli erano attribuite, è chiaro che in questo caso non vi sarà veruna solidarietà da esercitarsi contra di loro.

2043. L'articolo, del quale ci occupiamo, suppone, che tutti gli esecutori testamentari designati dal testatore abbiano accettato, nè parla del caso in cui alcuni di loro abbiano ricusato. Avverrà forse allora, che questo rifiuto di taluni avrà per effetto d' impedire agli altri di agire, perchè forse il testatore non ha messo la sua confidenza in ciascuno di essi, se non in considerazione degli altri, e che i legatarî non hanno le medesime garentie?

Ciò sarebbe un andare troppo lontano; il più sovente il testatore ha nominato più esecutori testamentari nell'interesse di quest'ultimi e per rendere meno gravoso il loro carico. Ha potuto pure essere determinato dal desiderio di dare loro una pruova della sua confidenza e della sua amicizia. In tutti i quali casi non vi è sufficiente ragione, perchè il rifiuto di uno faccia cadere l'insieme delle combinazioni del testatore; e bisognerebbe una ben' evidente pruova di aver esatto il testatore il simultaneo concorso di tutti gli esecutori testamentari nominati come condizione *sine qua non*, affinchè gli esecutori accettanti venissero paralizzati dall'esecutore ricusante.

ARTICOLO 1034 — (989)

Le spese fatte dall'esecutore testamentario per l'apposizione de'suggelli, l'inventario, il conto e le altre spese relative alle sue funzioni saranno a carico della successione (b).

(1) Art. 1857 del codice Nap.
(a) Art. 1867 delle leggi civili *Il trad.*
(2) V. il mio *Comentario del mandato* n. 493.
(3) *Loc. cit.*
(4) Il mio *Comentario del mandato* n. 496.
(b) Quest'articolo corrisponde ed è uniforme all'art. 989 delle leggi civili. *Il trad.*

Digitized by Google

SOMMARIO

2044. Spiegazione.

COMENTARIO

2044. La disposizione di quest'articolo si comprende facilmente e come più sopra abbiamo detto(1), è giusto, che le spese che l'esecutore testamentario ha fatto per l'adempimento del suo mandato, non rimanghino a suo carico, e siano rimborsate dalla successione; tal'è l'applicazione della regola: « *Nemini officium debet esse damnosum* (2). »

SEZIONE VIII.

DELLA RIVOCAZIONE DE' TESTAMENTI E DELLA LORO CADUCITÀ.

ARTICOLO 1035 — (990).

I testamenti non potranno essere rivocati in tutto o in parte, che da un testamento posteriore o da un atto innanzi notajo, contenente dichiarazione del cambiamento di volontà (a).

SOMMARIO

COMENTARIO

2045. Siccome la volontà del testatore è ambulatoria sin all'ultimo momento (3), ne siegue che può essere modificata, cambiata in tutto o in parte, o anche rivocata puramente e semplicemente (4).

Questo dritto del testatore è talmente sacro, ed appartiene di una così diretta maniera alla libertà, che deve regnare in un testamento, che non potrebbe interdirsi di usarne: *nemo eam sibi potest legem dicere, ut a priore voluntate ei recedere non liceat*(5). Ogni clausola contraria a questa libertà sarebbe nulla, e non legherebbe il testatore (6).

Ed ecco perchè i migliori autori rigettavano

(1) *Sopra*, n. 2031.

(2) Cajo. l. 7, D., *Testam. quem. aper.*

(a) A quest'articolo corrisponde uniformemente l'art. 990 delle leggi civili. *Il trad.*

(3) Ulpiano, l. 4, D., *De adim. vel transf. legat.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 410, n. 5.

(4) Voet, *Ad Pand.*, l. 34, t. IV, n. 1. Ricard, part. 3, n. 73. Furgole, cap. 11, n.i 12 e seg. Toullier, t. V, n. 607. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 429, n. 1, e p. 191, n. 3.

(5) Ermogeniano, l. 22, D., *De legat.*, 3°. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 214, n. 203.

(6) Voet, *Ad Pand.*, l. 28, t. III, n. 10. *Aggiungi* Ant. Merendo, *Contror.*, l. 4, cap. 49. Menochio *Prae-*

Digitized by Google

come contraria a principi la clausola chiamata derogatoria o rivocatoria, per la quale il testatore dichiarava esser sua volontà, che verun altro testamento, che potesse fare in seguito, non fosse eseguito; a menochè non contenesse tale frase ch'egli indicava. Ricard ci ha conservato un esempio di questa clausola oggi rarissima, e quasi ignota (1).

« E se avviene, che faccia in seguito un altro testamento oltre il presente, essendovi obbligato dalle importunità di coloro, che si adoprano di avere i miei beni, il che io non desidero, essendo ragionevole, che mia sorella sia la mia erede, voglio che questo secondo testamento sia nullo, se non vi è inscritta la seguente clausola tutta per estesa: Vergine Maria, madre di Dio, abbiate pietà di me (2) ». I pareri di differenti dottori sulla validità di questa clausola avevano dato luogo a delle controversie senza fine, e quel che è peggio ad una moltitudine di rovinose liti. Ma i giureconsulti, nemici delle rotine, la riguardavano come una violazione delle sane dottrine (3). Epperò l'ordinanza del 1735, che fece tante utili riforme nella legislazione relativa a'testamenti, non tralasciò di abrogarla (4); ed indubitatamente sarebbe senza effetto sotto il Codice Napoleone.

2046. Il nostro articolo s'occupa del'a rivocazione, ch' è fatta espressamente dal testatore.

Questa rivocazione espressa può farsi di due maniere, o con un testamento posteriore o con un atto *ad hoc* passato innanzi notaio, e contenente cambiamento di volontà.

2047. Nel dritto romano, ove il testamento comprendeva due parti distinte, l'istituzione di erede ed i legati, regolate da differenti principii, non si poteva rivocare una istituzione nell'istesso modo del legato.

L'istituzione, che costituiva la solennità capitale del testamento, e per così dire il testamento stesso, non poteva essere rivocato, che da un testamento in buona forma: *tum autem prius testamentum rumpitur, quum posterius rite perfectum est* (5).

La ragione di questa legge secondo Ricard si è, che presso i Romani un testamento era una legge particolare, che derogava alla legge generale sulle successioni *ab intestato*, e che una legge non può essere rivocata, che da un'altra legge. *Lex lege tollitur*. Bisognava dunque, che un testamento solenne posteriore venisse ad annullare il primo. Ogni dichiarazione di cambiamento di volontà, concepita in un'altra forma, in un atto di nuda volontà, non poteva produrre questo effetto *Nihil tam naturale est quam eo genere quid quid dissolvere, quo colligatum est* (6). Il quale principio risulta formalmente dalla legge 36, § 3, D. *De testamento militis*, dalla quale viene applicato ad un veterano, che avendo testato *jure comuni*, aveva dichiarato con un atto di nudo volontà di volere morire intestato. Paolo decise, non essere l'istituzione per nulla rivocata.

Anche Doneau dire: (7) *Voluntate testatoris nuda nunquam testamentum infirmari, quantumvis ille testator dixerit, se testamentum, quod fecit, valere nolle. Idque consentaneum est regulae juris, qua generaliter traditur, quibus quidque modis constituitur iisdem et solvi in contrarium actis. Nuda voluntate non costituitur testamentum; proinde nec nuda voluntate tolletur* (8) ».

La legge 2 del Digesto, *De injusto*, qui sopra citato, eccettuava nondimeno due casi, ne' quali un testamento solenne poteva essere rivocato da un secondo testamento imperfetto, vale a dire non solenne, perocchè qui la parola imperfetta è adoperata per opposizione al testamento solenne, e non significa punto un testamento nullo per mancanza di formo (9).

Questi due casi sono: 1° quando il secondo testamento è un testamento militare; 2.° quando questo secondo testamento fatto in presenza di cinque testimoni, è in favore degli eredi *ab intestato*, mentre il primo era in favore degli estranei (10).

Del resto quello, che abbiamo detto del testamento militare si applicava pure ad ogni altra specie di testamento meno solenne, ma ricc-

sumpt., l. 4, 166. Sande, *Decis Frisic.*, l. 4, t. 1, *def.* 10. Fachineo, *Controv.*, l. 4, cap. 92. Cujacio, *Observat.*, l. 14, cap. 7. Gudelino, *De jure noviss.*, l. 2, cap. 6, Fabro, *De err. pragm.*, *decad.* 37 *error.* 7 e *seg.*, e Cod., R. 6, t. V, *def.* 9, 10, 13, 14, 15. Mantica, *De conject. ult. volunt.*, l. 6, t. IV, n. 9, e l. 12, t. VIII, ecc.

(1) Ricard., part. 3, n. 96.

(2) V. ancora taluni esempi nel Cod. del presid. Fabro, *loc. cit. def.*, 15 *et passim*. Pothier, *Donaz. test.* cap. 6, sez. 2, § 3, « Tale sarebbe la clausola, per la « quale il testatore dichiarasse col suo testamento, vo« ler egli, che tutto ciò, che farà in seguito contra o « oltre il presente testamento non sia valido, se non si « trova questa frase: *Beatus vir qui timet Dominum.* »

(3) Ricard., part. 3, n. 97. Furgole, *loc. cit.*, n. 30 e seg. Voet, *loc. cit.*, n. 10.

(4) Art. 76 dell'ordinanza del 1735: « Abroghiamo « l'uso delle clausole derogatorie in tutti i testamenti, « codicilli ed altre disposizioni a causa di morte, vogliamo, che in avvenire siano riguardate come nulle e « di nessun effetto, in quali si vogliano termini siano concepute ».

(5) Ulpiano, l. 2, D., *De injusto rupto*. Pothier, *Pan.* t. II, p. 191, n. 3.

(6) Ulpiano, l. 35, D., *De regul. juris*.

(7) Doneau, *Comm.*, l. 6, cap. 16, n. 3.

(8) *Aggiungi* Fachineo, *Controv.*, l. 4, § 8.

(9) Furgole, cap. 11, n. 42.

(10) V. la legge *Hac consult.*, § *Si quis*, C., *De testam.*, e Voet, *Ad Pand.*, *De injusto rupto.*, n. 6.

nosciuto dal dritto, come il testamento *inter liberos*, ed il testamento fatto in campagna (1).

E rimarcate qui una cosa, sulla quale ci arresteremo più a lungo nell'art. seguente: vale a dire, che ne' principii del dritto romano il secondo testamento non aveva bisogno di contenere un' espressa rivocazione del primo. La sua sola esistenza operava questa rivocazione, perciocchè niuno poteva morire con due testamenti validi, e, com' era ragionevole, prevaleva il secondo.

2048. Passiamo ora a quello che concerne i legati. Si sa, che potevasi lasciare un legato senza veruna specie di solennità (2). Quindi potevasi anche rivocarlo senza alcuna solennità, sia per iscritto, sia per parola, sia tacitamente; infine bastava, che vi fosse una pruova qualunque del cambiamento di volontà (3).

Tal era la giurisprudenza romana attestata da tutti gli autori senza eccezione, ed era seguita nei paesi di dritto scritto.

Ma nei paesi di dritto consuetudinario, ove il testamento non derogava all'ordine delle successioni *ab intestato*, e non poteva fare, che dei semplici legatari, una dichiarazione di volontà contenuta anche in uno scritto privato bastava per provare la rivocazione (4).

2049. Il codice ha voluto, che un testamento non potess' essere espressamente rivocato, che da un testamento posteriore, o da un atto innanzi notaio, contenente la dichiarazione del cambiamento di volontà; e siccome nel nostro linguaggio la dichiarazione di erede è oggi confusa coi legati, ne siegue, che lo stesso legato non può essere rivocato, che in una di queste due maniere. Il che d' altronde risulta da queste parole: In tutto o in parte.

2050. Ma qui si presenta una quistione molto controvertita. Il testamento posteriore nullo, che contiene la rivocazione, ha per effetto di annullare un primo testamento, ovvero essendo nullo in tutte le disposizioni, che tendono a gratificare, deve dirsi, dover esserlo ancora nella clausola della rivocazione?

Questa quistione non può offrire difficoltà, che pel testamento notariale nullo per difetto di forma. In quanto al testamento olografo, se si trova nullo, non può produrre verun effetto rivocatorio, perciocchè la legge attribuisce soltanto ad un atto notariale o ad un testamento il potere della rivocazione. Se il testamento è mistico, e che l'atto di soprascrizione sia nullo, rimane sempre un testamento olografo valido, come più sopra abbiamo dimostrato (5). Per lo che la difficoltà si riferisce per intiero al testamento innanzi notaio, per il motivo, che se è nullo come testamento, perchè non può valere almeno come atto notariale per operare la rivocazione?

Gli autori si sono divisi sulla quistione. Il signor Merlin ha sostenuto, un testamento nullo non potere rivocare un testamento precedente (6). Il signor Toullier si è pronunziato per l' opinione contraria (7).

Esaminiamo quali ragioni possano essere invocate su questa quistione in appoggio dell'una e dell'altra opinione, e vediamo qual' è la soluzione, che qui dobbiamo adottare.

Quando si discusse il codice Napoleone, si convenne, su di un' osservazione del signor Berlier, di non lasciare indecisa la quistione, se la rivocazione contenuta in un secondo testamento nullo, valesse come manifestazione di volontà da parte del testatore per annullare il primo testamento. Nondimeno non venne introdotta nella legge veruna disposizione (8).

Ciò premesso, è impossibile per risolvere la quistione di ricorrere alle discussioni del codice o ai commentari dei giureconsulti, che hanno preso parte alla sua redazione; perciocchè si contraddicono in modo da toglierne alle loro opinioni il credito, che ordinariamente loro appartiene.

Il signor Malleville vuole, che il secondo testamento nullo valga come atto autentico per dare vita alla clausola di rivocazione (9).

Il signor Jaubert dice al contrario in un discorso al tribunato (10), che la rivocazione può avere luogo con un testamento posteriore, purchè sia rivestito di tutte le forme prescritte, e che considerato in se stesso, abbia potuto ricevere esecuzione.

Tra mezzo a questo conflitto, che aumenta pure le difficoltà dell' intelligenza della legge, spetta alla giurisprudenza di scegliere quella delle due opinioni, che è meglio fondata.

Le leggi romane possono gettare una gran luce sulla quistione, ma per applicarle sanamente, non bisogna prendere per punto di partenza la quistione, se in Roma un testamento nullo poteva rivocare un testamento precedente, da-

(1) Voet, *loc. cit.*, n. 3. Ricard, part. 3, n. 125.

(2) *Sopra*, n. 1761.

(3) Paolo, l. 36, D., *De testam. milit.* Ulpiano, l. 3, § 11. D., *De adim. legat.*, Pomponio. l. 18, D., *De legat.*, 3.° Fabro. C., *De testam.*, *defin.*, 29, n, 6. Furgole, cap. 11, n, 121. Ricard, part. 3, n. 123. Toullier, t. V, n. 617.

(4) Ricard., *loc. cit.*, n. 122, Pothier, *Donaz. tes.*, cap. 6, sez. 2, § 1,

(5) *Sopra*, n. 1654.

(6) Repert., v° *Testam.*, sez. 2, § 3 art. 2. n. 6. Quist. di dritto, 1.° *Rivoc. de testam.* Repert., v° *Riv. de codic.* Repert., v.° *Rivoc. de legs.*

(7) T. V, n. 620.

(8) Fenet, t. XII, p. 403. (Seduta de' 27 ventosa anno XI).

(9) *Analis. ragion., del codice Nap.*, art. 1035. Tronchet, ancora (Fenet, p. 403).

(10) Locré, t. XI, p. 473. Fenet, t. XII, p. 611.

Digitized by Google

poichè è un punto di dottrina incontestabile, che un testamento propriamente detto non poteva essere rivocato, che da un altro testamento rivestito delle solennità richieste(1). D'altronde sarebbe un paragonare una legislazione, nella quale i testamenti erano considerati come delle leggi, con una legislaziona, cha malgrado il favore, del quale li circonda, non concede loro un carattere così augusto, a permette di rivocarli con un semplice atto notariale. La sola quistione, che abbia una vera analogia con la nostra, è quella di sapere, se un testamento nullo nella forma, può servire di sufficienta manifestazione di volontà per rivocare un legato secondo i principî del dritto romano; il che molti pratici, che ragionano sulla quistione senza comprenderla, non hanno avvertito.

Si rammenti quello, che abbiamo detto, cioè che in Roma i legati, contenuti in un testamento solenne, potevano essere rivocati senza solennità e per mezzo di una qualunque dichiarazione del testatore (2). Nonpertanto se per rivocare questi legati il testatore aveva adoprata la forma di un testamento, la nullità di questo testamento induceva sempre la nullità della rivocazione? Ecco la quistione, la cui soluzione è suscettibile di decidera la nostra *in terminis*.

A sentire il sig. Toullier (3) la legge 18 *D. De legat.* 3.°, che invocavano i partegiani della « non rivocazione, e particolarmente « Furgole (4) e Merlin (5), non è per nulla « applicabile. Questi autori fanno tenere a « Bartolo, del quale invocavano l'autorità, un « linguaggio, che non ha mai tenuto. Per l'opposto questo grande Giureconsulto ha insegnato l'opinione, che un legato rivocato da « un testamento inutile non è dovuto; in fine « appunto in quest' ultimo senso le leggi 36, « § 3, *D. De testam. milit.* e 26 § 1, *D.* « *De adimend. leg.* troncano la difficoltà ».

Di tutte queste asserzioni del sig. Toullier una sola ci sembra esatta, ed è, che la legge 18 *D.*, *De leg.*, 3.° non è del tutto così formale, come alcuni interpreti l'hanno voluta. Ed in effetti nella specie, che stabilisce, non si tratta di un secondo testamento, che contenga la clausola di rivocazione, ma si domanda soltanto al Giureconsulto Pomponio, se da un testamento posteriore nullo, si può trarre una presunzione tacita di avere voluto il testatore rivocare i legati fatti in un primo testamento valido. Pomponio si decide per la negativa per la ragione, che non si presume, il testatore avere cambiato di volontà, che sol quando il suo secondo testamento fosse valido.

Si scorge, che questa legge non è così decisiva, come sarebbe stato, quando il secondo testamento avesse contenuto la clausola formale della rivocazione. Nondimeno essa forma un argomento contro l'opinione del sig. Toullier, provando, non aver osato il giureconsulto di vedere la pruova di un cambiamento di volontà in un atto nullo.

In quanto al rimprovero fatto dal sig. Toullier a Furgole di avere citato Bartolo senza averlo consultato, e di prestargli un linguaggio contrario a quello, che dice, vediamo se per l'opposto non sia il sig. Toullier colui, che potrebbe incorrere nel rimprovero di condannare troppo leggiermente il dotto ed esatto autore del *Trattato de' testamenti*. Furgola dice: « Noi crediamo con Bartolo sulla legge « 18, *De leg.* 3.°, che i legati e le altre di« sposizioni contenute nel primo testamento « debbono sussistere, nonostante il secondo « imperfetto e nullo, quantunque il secondo « racchiuda la clausola espressa di rivocazio« ne de'precedenti testamenti, perchè questa « clausola di rivocazione non può avere effet« to, che in quanto il secondo testamento, che « la racchiude, si trova valido e rivestito delle « formalità esteriori ».

Il sig. Toullier oppone a Furgole quel, che Bartolo dice nel n.° 1 del suo comentario: cioè che quando il testamento rivoca espressamente il legato, questa rivocazione vala, quantunque il testamento, che la contiene, sia inutile. « *Quum legatum expresse adimit. . . . . licet* « *adimat in voluntate inutili, non tamen de-* « *betur. . . .* » Ma in questo passo Bartolo non parla di un testamento nullo per difetto di solennità di formalità esteriori, ma parla di un testamento inutile, il che è differentissimo nella bocca di un vero giureconsulto. E d'altronde quello, che lo prova sino all' evidenza, sta nelle leggi, ch'egli cita, e nelle cui specie la rivocazione si trova contenuta non ne' testamenti nulli, ma nelle disposizioni fatte a favore degl'incapaci (6).

Ma se il sig. Toullier avesse messa una più particolare attenzione sul n.° 4 del comentario, avrebbe veduto, che Furgole, non aveva fatto altro, che tradurre in qualche modo Bartolo. « *Quærit, dicit testator in secundo te-* « *stamento invalido, cassans et irritans omnem* « *aliam voluntatem et testamentum, volens* « *istud testamentum omnibus praevalere, an* « *rigore omnium horum verborum primum* « *testamentum sit cassum, licet secundum sit* « *nullum, Respondeo: Cassatio restringitur* « *secundum causam cassationis* (l. 2, *De his* § 1, p. 590 e seg., e Repert. di giurispru., v° *Testam.* sez. 2, § 3, art. 2, p. 661.

(1) *Sopra*, n. 2047.
(2) Paolo, l. 36, § 3, D., *De testam. milit.*
(3) Toullier, t. V. n. 626, p. 574 e seg.
(4) Furgole, *loc. cit.*, cap. 11, n. 40.
(5) Merlin, Quist. di dritto, v° *Rivoc. de testam.*,
(6) Pomponio, l. 29, D., *De adim. legat.* Ulpiano, l. 34, D., *De legat.*, 1.° Pothier, *Pand.*, t. II, p. 435, n. 27.

Digitized by Google

« *quae in test. delent.*) *ista cassatio videtur* « *facta respectu secundi testamenti, quia vult* « *istud ultimum praevalere et ideo si ultima* « *voluntas non valeret, ista verba, cassans ec.* « *nihil operantur.* » Ecco la quistione, come Furgole la stabilisce: è un secondo testamento, che contiene la rivocazione di tutte le volontà precedenti; ma questo secondo testamento è nullo. Che decide Bartolo? Decide, come Furgole, che la clausola non può produrre effetto, perciocchè si presume, che il testatore non abbia cambiato di volontà, se il secondo testamento non prevale.

La ragione di questa soluzione è facile a comprendersi, e la dà il sig. Merlin nel parafrasare il passo di Bartolo, che abbiamo citato (1).

« Per verità un legato può sotto il diritto romano essere rivocato da una semplice dichiarazione qualunque di volontà. Ma altra « cosa è rivocare con una semplice dichiarazione, altra cosa è di farlo con un testamento nullo. Nel primo caso la volontà è « manifestata da un atto, che ha la intiera « forma, della quale si è voluto rivestirlo; non « è lo stesso nel secondo; ed è da credere, che « nel caso, in cui egli non osservasse le formalità de' testamenti, ha voluto, che le sue « prime disposizioni sussistessero per intiero; « egli ha rivocato condizionalmente pel caso, « in cui valesse il secondo testamento ».

Dopo di avere diretto contro Furgole uno attacco pochissimo fondato, il sig. Toullier si perde nell' esame di due leggi, che non provano nulla in suo favore. Ecco queste due leggi; (è sorprendente il vedere un Giureconsulto così istruito, come il sig. Toullier ragionare sopra elementi così poco concludenti).

La legge 24, § 1, D., *De adim. legat.* (2) pone il caso seguente: Un padre lega a sua figlia de' giardini co' loro necessorii; io seguito dona per donazione tra vivi a sua moglie qualcuno degli schiavi addetti alla coltura di questo giardino. Risultava da ciò una espressa rivocazione di una parte del legato. Paolo decide in conseguenza, che il legato è diminuito, *et si non valeat donatio*. Ma qui non si tratta di una nullità di forma, che toglie l'esistenza all' atto, ma si tratta di una donazione, che la legge priva de' suoi effetti a causa della incapacità della donataria. Ora in questo caso tutti sono di accordo, che la rivocazione deve aver luogo (3), malgrado l'incapacità della donataria; l'atto munito delle sue forme prova sempre l'intenzione di rivocare; il perchè il sig. Toullier invoca una tal legge assai male a proposito.

La seconda è anche meno concludente (4). « Un veterano fa un testamento solenne; poi « dichiara con un atto di nuda volontà, volere « morire *intestato*. Paolo decide, che questo « atto di nuda volontà non può rivocare l'istituzione di erede, perchè per questo bisogna « un testamento in regola, ma ch' esso basta « per rivocare i legati (5). » La ragione si è, che i legati dandosi con la nuda volontà, possono essere rivocati nello stesso modo. Ma niente prova, che quest'atto di rivocazione per nuda volontà, di cui parla Paolo in questa specie, fosse destituito delle forme probanti. In verità non aveva la forma di un testamento, perchè il testatore non aveva voluto fare un testamento. Ma Paolo non dice in verun altro luogo, che non avesse una forma capace di dargli esistenza, come un semplice atto. Questa legge adunque non ha alcun rapporto al nostro caso, e crediamo di potere positivamente assicurare, non esservene alcuna, che favorisca il sistema del sig. Toullier. Indubitatamente è una massima incontrastabile di potersi trarre da un atto nullo la pruova d'una volontà. « *Dici solet, etiam ex actu nullo colligi voluntatem*(6) ». Ma questa massima tratta dalle leggi ult., *D.*, *De reb. eor, qui sub tutela*, ec., legge 20, *de adimend. leg.*, e 35 *De leg.* 1.°, non è applicabile, che al caso, in cui la nullità dell'atto deriva, non da un vizio di forma esteriore e probante, ma da un vizio di capacità. Se un vizio di forma infetta l'atto, e sopratutto l'atto testamentario, quest'atto non prova nulla, e non contiene neanche la pruova di una volontà nuda. Ed ecco un esempio, che ci sembra fortissimo. Il legato ed il fedecommesso potevano farsi *nuda voluntate* presso i Romani, come tante volte abbiamo detto. Supponiamo adesso, che un legatario gratificato in un testamento nullo, abbia voluto reclamare il pagamento del suo legato sotto pretesto di esservi pruova della nuda volontà del testatore, e che questa nuda volontà gli bastava. Ecco quello, che Paolo gli avrebbe risposto: *Ex imperfecto testamento legata vel fideicommissa Imperatorem vindicare, inverecundum est, decet enim tantae majestati, eas servare leges, quibus ipse solutus esse videtur* (7) ». La ragione, che ne dà Pothier, è, che in verità un legato può essere lasciato senza testamento, *et nuda voluntate*, ma che dal momento, in cui questo legato è contenuto in un testamento, dipende dalla validità di quest'atto. « *Verum si testamento continentur*, « *pendet a jure testamenti, in quo continentur* ». Tale pure la decisione della legge 11,

(1) Merlin, Repert., di giurisprudenza v° *T. stam.*, sez. 2, § 3, art. 2, p. 661. col 2.
(2) Pothier, *Pand.*, t. 11, p. 450, n. 7.
(3) Col. Nap., art. 1037.
(4) Pothier, *Pand.*, t. 11, p. 231, n. 38.
(5) D., l. 36, § 3, *De testam. milit.*
(6) Fabro, C., *De testam. defin.* 16, n. 10 e *defin.* 17, n. 19.
(7) D., l. 23, *De legat.*, 3°.

§ 1, *D.*, *De leg.* 3. (1) e della legge 29, *D.*, *Qui testam. facer. possunt* (2).

Epperò non vi è principio più certo di quello, che vuole, che un testamento nullo nella sua forma non possa produrre maggior effetto per distruggere, che per creare una disposizione, perciocchè è ridotto *ad non esse*. Il dritto romano ne fornisce la pruova ad ogni passo, ed il Codice Napoleone lo decide espressamente nell'art. 1001 (3) (a).

Del resto non ignoriamo, che più giureconsulti hanno estesa la massima, *ex actu nullo solet colligi voluntatem*, anche al caso, in cui l'atto è nullo per vizio di forma. Mantica ha raccolto le loro opinioni su tal punto (4); ma ammettendo questa estensione, fors' eccedente, i giureconsulti, che l'hanno adottato, sono di accordo sulla regola, che se un atto nullo per difetto di forma può servire a sostenere o spiegare, o interpretare una disposizione, non può mai servire a distruggerla. « *Sciendum* « *est etiam, quod ex actu nullo non sumitur* « *praesumptio ad destruendum, sed ad su-* « *stinendum testatoris voluntatem, ut loqui-* » *tur l. ult. De reb. eor., qui sub tutela sunt,* « *et ridiculum est dicere, quod ex verbis, inu-* « *tiliter adiectis, voluntas testatoris declare-* « *tur ad infirmandam expressam ejus dispo-* « *sitionem* (5).

Ora che cosa divengono i ragionamenti del signor Toullier? Rimangono confutati dai più puri principi del dritto, ed anche dalla stessa ragione, la quale vuole, che quello, che è nullo, non possa rovesciare quello, che esiste. Cita in appoggio della sua dottrina Vinnio (6) e Pothier (7), ma noi gli opporremo Perezio (8), Voet (9), Mantica (10), Furgole (11) il signor Merlin (12) ed altri. Gli diremo: il testatore aveva due mezzi per rivocare espressamente il suo testamento. Poteva dichiarare la sua volontà in un secondo testamento, ovvero in un atto rivocatorio *ad hoc*, fatto innanzi notaio; ha scelto la forma minuta e periculosa del testamento. Bisogna dunque giudicare della sua volontà secondo la forma, che ha prescelto, e non già convertendo l'atto di sua scelta in un atto del quale, ha ricusato di servirsi, e che non è compatibile con la natura dei testamenti. Egli ha voluto disporre a causa di morte e con i solenni annessi a questa specie di disposizioni; come si potrebbe cambiare la sua volontà in un atto tra vivi? Se nelle convenzioni un atto notariale, che si trova sottoscritto dalle parti, vale nulladimeno come atto sotto firma privata, è perchè l'una e l'altra forma convengono espressamente all'obbietto del contratto, perocchè si può contrarre indifferentemente con atto pubblico o con atto sotto firma privata. Ma sarebbe contrario a tutti i principi il convertire una disposizione a causa di morte, che sussiste solo per un concorso di solennità particolari, in atto notariale, propriamente detto, perchè questo atto notariale non può in alcun caso essere proprio a rivestire una disposizione a causa di morte (13).

Del resto la nostra opinione è sanzionata dall' immensa maggioranza degli arresti (14).

2051. Si domanda, se un atto olografo scritto per intiero, datato, e sottoscritto dalla mano del testatore, può rivocare un testamento precedente, quando questo atto olografo non contiene altra cosa, che una clausola di rivocazione, e che colui, che l'ha scritto, non ha fatto veruna distribuzione del suo patrimonio?

La ragione di dubitare si è che i testamenti validi non possono essere rivocati secondo il nostro dritto con atti sotto firma privata, a menochè non sia un testamento olografo, e che sembra difficile di qualificare testamento un atto, che non contiene veruna liberalità a causa di morte.

Ma la ragione di decidere è, che l'atto olografo, del quale si tratta, è un vero testamento, perchè chiama i successori *ab intestato*. « *Tunc videtur instituere venientes ab intesta-* « *to* » dice Bartolo sulla legge 18, *De leg.* 3.

(1) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 231, n. 38.
(2) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 179, n. 45.
(3) V. *sopra*, n.i 1740 e seg.
(a) Art. 927 delle Leggi civili. *Il trad.*
(4) Mantica, *De conj. ult. vol*, l. 3, t. XX, n. 3.
(5) Mantica, *loc. cit.*, n. 6.
(6) Vinnio, *Instit.*, *De adempt. legat.*

Dobbiamo dire che si potrebbe contradire, che Vinnio abbia l'opinione, che gli presta il signor Toullier. Per verità quel giureconsulto dice « *Omnino assentior* « *Bartolo, posse legatarium, opposito exceptione doli* « *summoveri, etiamsi imperfecto testamento legatum* « *ademptum esse proponatur.* » Ma che cosa vuol dire la parola *imperfectum*? Essa non significa sempre un testamento nullo, ma vuol dire anche molto spesso il testamento che quantunque privo de' solenni, capaci di farlo valere *juri civili*, è rivestito di certe forme capaci di farlo valere in alcune circostanze a causa del privilegio del testatore o degli eredi istituiti, (Furgole, *Tratt. de' testamenti*, cap. 11, n. 42). Prendendo in questo senso la parola *imperfectum*, Vinnio è perfettamente d'accordo col modo come noi abbiamo interpretato Bartolo.

(7) *Trattato delle donaz. testam.*, cap. 6, sez. 2, § 1, p. 347.
(8) *Instit.*, *De adempt. leg.*
(9) *De adim. leg.*, n. 3.
(10) *De conject. ult. vol.*, l. 12, t. II, n. 22.
(11) *Loc. cit.*
(12) *Loc. cit.*
(13) V. *sopra*, n.i 1193, 1506.
(14) Poitiers, 29 agosto, 1806 (Devill., 2, 2, 170). Torino, 4 aprile 1807 (Devill., 2, 2, 221). Limoges, 8 luglio 1808 (Devill., 2, 2, 412). Limoges, 23 mar. 1809 (Devill., 3, 2, 43). Aix, 20 aprile 1809 (Devill., 3, 2, 56). Torino, 19 marzo 1810 (Devill., 3, 2, 231). Cort. di cassaz., 4 novembre 1811 (Devill., 3, 1, 418). Cort. di cassaz., 20 febbraio 1821 (Devill., 6, 1, 383). Tolosa 12 agosto 1831 (Devill., 32, 2, 586). Aix, 5 aprile 1834. Cort. di cassaz., 2 marzo 1836 (Devill., 36, 1, 174). Bordeaux, 25 agosto 1832 (Devill., 32, 2, 16).

Digitized by Google

Questo stesso dice Voet presso a poco nei medesimi termini (1). Per verità l'instituzione non è formale ia quanto all'espressione, ma la è in qunato all'inteazione, ed era inutile, che il testatore dicesse di chiamare i suoi successori *ab intestato*, poichè ciò aveva luogo di pieno dritto per effetto della rivocazione (2).

2052. Qunado la dichiarazione di rivocazione del testameato è fatta con atto inaanzi notaio deve contenere le forme degli atti aotariali; senza di che è nulla, e non può produrre verun effetto: « *Quod nullum est, nullum producit effectum.* » Per applicazione del quale priacipio la giurisprudenza ha dichiarato nullo un atto di rivocazione, ricevuto da un aotaio in assenza dell' altro (3). Del resto questa coadizione della preseaza del notaio in secondo è formalmeate oggi richiesta dalla legge dei 21 di giugno 1843, e la quistione non potrebba più agitarsi (4).

Risulta dallo spirito di questa legge, che an atto notariale, rivocatorio di un testamento, non potrebbe essere fatto ia brevetto, come si è tentato di sostenere sotto l'impero della legge di veatoso (5); sarebbe uno sconoscere l'importanza, che la legge del 1843 nanette alle formalità di rivocazione dei testamenti.

2053. Ma che si dovrebbe decidere se la rivocazione di un testamento fosse contenuta in una donazione, che non sia stata accettata?

Tale quistione si risolve con delle nozioni che svilupperemo nel nostro commentario dell' articolo 1038 (6).

2054. Talvolta avviene di trovarsi ia un testamento delle disposizioni, che se fossero contenute in altri atti sarebbero irrevocabili, come dei riconoscimenti di debiti. Si è quindi dimandato se rimangono rivocabili per la sola ragione di essere contenute in un testamento.

Codesta è una quistione, che è stata diversamente risoluta, e che andiamo ad esaminare (7).

2055. Ma occupiamoci ora di un primo puoto, sul quale inaanzi di quest' esame importa di essere ben certo. Ricerchiamo se in un testamento si possono mischiare degli atti contrattuali, e per questo stesso irrevocabili. Molti interpreti e la glossa di Gotofredo sulla l. 2, § ultimo del Digesto, *Qui testamenta facere possunt*, vogliono, che si possono mischiare dei contratti in un testamento, e che queste disposizioni non solo non annullaao il testamento, ma che soao pure irrevocabili (8).

Altri come Giulio Claro (9), distinguono i coatratti, che soao assolutamente estranei al testamento, da quelli, che non vi soao estranei. E sembra che i primi aon possoao essere fatti nel testmeato, ma che possono comprendervisi i secondi.

Altri iafine ritengono indistintamente non potersi mischiare ia un testameuto delle disposizioni irrevocabili (10).

Secoado i principî del dritto romano, così rigoroso sui privilegi dei testamenti e sulle loro solennità eccezionali, noa vi è dubbio, che questo sentimento non sia il migliore. E la ragioae ae è, che il testamento deve essere fatto *uno contextu*, e per conseguenza scaza miscela di contratti; il contratto è di un ordine tutto differente, e non può essere associato a quella legge suprema, che soleaaemente dichiara il testatore nella sua libertà e sovranità. Il perchè Ulpiano diceva: *Verba, contraxerunt, gesserunt, non pertinent ad jus testandi* (11). »

Ma questo non era un ostacolo, secondo Voet (12), perchè il testatore inserisse ael suo testamento un ricouoscimeato di debiti o altri atti analoghi, che non sono sioalagmatici, e

(1) *De rupto, injusto irritove fact. testam.*, n. 1. L. 1, § *antepen.*, D., *Unde liberi.*

(2) Furgole, *loc. cit.*, n. 98, p. 231. Domat, lib. 3, t. 1, sez. 5, n. 12, nella noto. Grenier, *Trattato delle donaz*, part. 2. cap. 4, n. 342, t. 1, p. 597 e 598. Toullier t. V, n. 633, p. 584, Merlin, Repert. di giu. v° *Rivocaz. di codicillo*, § 4, n. 1, t. XVII, p. 48. Duranton, t. IX, n. 431, p. 413 e seg. Dalloz, *Dispo. tra vivi e testam.*, cap 9, sez. 1, art. 1, n 15. Poujol sull'art. 1035, n. 5. Coin-Delisle sull' art. 1035, n. 7. Corte di Parigi, 5 luglio 1813, o sul ricorso corte di Cassaz., rig, 7 giugno 1832 (Devill., 32, 1, 542). Colmar 22 giugno 1831 (Devill., 32, 2, 51). Bordeaux 27 marzo 1846 (Devill., 46. 2,524). V. *contra* Delvincourt, n. 2, sulla p. 101, t. 2, p. 377. Bugnet *su Pothier*, *Donat. testam.*, p. 308, n. 2.

(3) Tolosa 28 novembre 1825, e sul ricorso. Cassaz. rig., 24 aprile 1828 (Devill., 9, 1, 85) Lione 25 feb. 1836 (Devill., 36, 2, 226). Cassaz., rig., 7 maggio 1839 (S., 39, 1, 353).

(4) Art. 2. « In avvenire gli atti notarioli contenenti donazioni tra vivi, donazioni tra cuniugi, pendente il matrimonio, *rivocazione di donazione o di testam.* riconoscimento di figli naturali, e le procure per consentire a questi diversi atti, saranno a pena di nullità ricevuti unitamente da due notai, o da un olaio in presenza di due testimoni. La presenza del notaio in secondo e de' due testimoni è richiesta soltanto nel momento della lettura degli atti dal notaio e della sottoscrizione delle parti, e sarà menzionata a pena di nullità ».

(5) M Coin-Delisle sull'art. 1035, n. 4.

(6) N.i 2091 e seguenti.

(7) *Supra*, n. 728 e n. 1973.

(8) Mantica si esprime così, citando Baldo: « ..... *Et* « Baldus (*in l. fin.*, *De reb. eorum qui sub tutel. sunt*) « *procise adnotavit, si testator in testamento facit* « *contractus, irrito facto testamento non propterea* « *irritos fieri contractus.* » Mantica aveva detto primo: « *Quoniam contractus non videtur ex testamento pen-* « *dere, sed suis viribus subsistere, neque indiget auxi-* « *lio testamenti ut valeat.* » (T. XV, n. 10.) Vedete ancora oltri passi dello stesso opera di Mantica, lib. 3. t. XVIII, n.i 11 e 12, o lib. 8, t. 1, n. 36.

(9) § *Testam.*, *quaest.* 75.

(10) Furgole (*loc. cit.*, cap. 11, n. 48), Cita Viglio sul § *Sed cum paulatim*, *Instit.*, *De testam. ordin.* v°. *Uno contextu*. Si può aggiungere Voet sul tit. *Qui test. facere possunt*, n. 4.

(11) Ulpiano, l. 20, D., *De verb. signif.*

(12) *Quit est facere poss.*, n. 4. *Aggiungi* Marcello, t. 20, D., *De donat.*

dipendono dalla sola dichiarazione del disponente (1).

Ci sembra difficile di rispondere a queste ragioni, nè comprendiamo come Ricard possa dirsi l'avvocato dei principî, insegnando una dottrina contraria (2).

Ma la quistione è meno suscettibile di controversia al dì d'oggi, perciocchè l'obbligazione di red gere il testamento senza divergere ad altri atti è unicamente imposta per l'atto di soprascrizione del testamento mistico (3). Nel testamento olografo (4), e nel testamento nuncupativo (5) innanzi notaio non è imposta. Il perchè sembra, che nulla si opponga, onde un contratto, quale un deposito, un mandato, o anche una donazione tra vivi, si trovi misto ad un testamento, e che un terzo non possa intervenirvi per rendere questi atti perfetti mercè la sua accettazione. Il che più sopra abbiamo veduto (6).

Bisogna pure aggiungere in quello, che concerne la donazione, che se l'atto fosse nullo come testamento, ma che fosse rivestito delle formalità costitutive di un atto pubblico, varrebbe come donazione: *utile non vitiatur per inutile*; perchè anche una volta la donazione essendo tuttaffatto distinta dal testamento, e dovendo esserne separata, avrebbe sempre le solennità esteriori degli atti notariali, se le mancasse quella soprabbondanza di precauzioni prese pe' testamenti. Così presso i Romani un testamento *in scriptis*, nullo come tale, valeva come nuncupativo, se vi era stata osservata la solennità della nuncupazione (7). Così sotto il Codice Napoleone un testamento mistico, nullo come tale, può valere come olografo, se per l'intiero è scritto, datato, e sottoscritto dalla mano del testatore (8). Il che non è contrario a quello, che più sopra abbiamo detto, che la clausola di rivocazione, contenuta in un testamento nullo, non può valere neppur quando l'atto avesse le forme di un atto notariale, perocchè questa clausola di rivocazione è una disposizione a causa di morte, che trovasi contenuta in un atto di ultima volontà; e quindi ambulatoria, e subordinata alla condizione, se vale il testamento, che la contiene. Ora le forme degli atti notariali ordinari non possono convenire alle disposizioni di ultima volontà. Ma qui si tratta di una donazione, che quantunque inscrita per una singolare bizzarria in un atto a causa di morte, non perde la sua qualità di atto tra vivi irrevocabile, ed importo spossessamento immediato. Epperò se sussiste la forma degli atti tra vivi, quantunque non siano state osservate le formalità proprie de' testamenti, la donazione sarà buona.

2056. Dopo di avere stabilito, che un contratto può trovar luogo in un testamento, ed è irrevocabile, vediamo, se un riconoscimento di debito, che si trova in un testamento rivocato, è del pari rivocato, o se deve sussistere.

Un riconoscimento di debito, contenuto in un testamento, non è un contratto, come dice Voet (9), e non bisogna confonderlo con le ricognizioni contrattuali di debito, de' quali ci siamo occupati ne' n. 728, 729. Esso dipende dalla sola volontà del testatore, e per conseguenza è rivocabile sino all'ultimo momento, perchè la volontà del testatore è ambulatoria; pel solo motivo di essere contenuto in un testamento, si suppone non aver altro effetto, che *in vim legati vel fideicommissi*(10); che il testatore avendo semplicemente l'intenzione di gratificare, ha colorito il suo legato col pretesto di un debito per renderlo più certo (11); in una parola, come dice Cujacio (12), *in dubio praesumitur testator quaesiisse praetextum legato.... Igitur ex hac scriptura legati* (vuole parlare d'una disposizione, che contiene confessione di debito in un testamento) *non erit actio quasi ex debito, quod non est; sed erit actio ex legato, nisi scilicet haeres probet evidenter, testatorem non habuisse animum legandi*; *in dubio videtur quaesiisse praetextum legata*. La quale presunzione stabilita da Cujacio è eretta in regola da tutti gli autori, Bartolo, Baldo, Mantica, Voel; tutt' i dottori congetturali od altri sono di accordo per proclamarla. È inutile di fare rimarcare, che Cujacio parla qui del caso, in cui la confessione è fatta a favore di una persona capace di ricevere de' legati, e che anche

(1) « *Nec huic repugnat*, aggiunge Voët, *quod pignus « testamento constitui posset, necnon depositi confessio « recte testamento fiat* » (Ulpiano, l. 26, *De pignor. « action.* Scevola, l. 37, § 5, *De legat.*, 3°). «... *Sciendum enim, neque pignus, quod testator creditori sua « constituit in crediti securitatem, contractum esse; « cum ex solius testatoris voluntate etiam ignoranti « creditori nascatur; neque.... depositi confessionem « esse actum a testamento alienum, sed itidem fieri « sola testatoris arbitrio, quod ad vitae finem mutabile « est.* »

(2) Part. 3, n.i 107 e seg.

(3) *Supra*, n. 1651.

(4) N. 1471.

(5) N. 1507.

(6) V. quello, che più sopra abbiamo detto sul deposito misto ad una donazione manuale, n. 1052.

(7) *Supra*, n. 1654.

(8) N. 1654.

(9) *Loc. cit.*

(10) V. *supra*, n. 728, ed il passo citato da Voët, *Ad Pand.*, *De confessis*, n. 9, ove quest'autore dice, che la confessione di un debito fatto nel testamento non basta per rendere debitore, ma quello, che viene confessato, è dovuto a titolo di fedecommesso o di legato. Scevola, l. 88. § 10, D., *De legat.*, 2.° Scevola l. 28, § 13, D., *De lib. legat.*

(11) Ricard, *loc. cit.*, part. 3, cap. 2, sez. 1, n. 108.

(12) Sulla l. 88, § 10, D., *De legat.*, 2.°

in questa ipotesi egli vuole, che la presunzione sia, che la confessione è piuttosto un legato, che la ricognizione di un debito reale. Il sig. Toullier non ha fatto pruova di esattezza nel citare la regola di Cujacio: « *In dubio praesumitur testator*, ecc..... » in modo da fare intendere, che s'applica solamente, quando si tratta di un incapace.

Ora se la confessione di un debito si presume così lui e un legato sino a pruova contraria (1) dobbiamo dire, che una ricognizione di debito contenuta in un testamento rivocato, rimane rivocata essa stessa (2). E d'altronde chi non vede la gran differenza, che si deve mettere tra una ricognizione fatta in un testamento, che il testatore può distruggere subito dopo di averlo fatto, ed una ricognizione di debito contenuta in un atto tra vivi, irrevocabile di sua natura, destinato a servire di titolo al creditore (3)?

Nonpertanto supponiamo contro ogni verosimiglianza, che la ricognizione di un debito contenuta in un testamento, non debba essere presunta una liberalità, a che si debba piegare piuttosto alla presunzione, che niuno si presume riconoscersi debitore, quando non lo è. Sosterremo ancora, che tale ricognizione, insino a che non sarà stata accettata dal creditore, non potrà formare un titolo irrevocabile in di lui favore, perocchè quello, che il testatore ha fatto senza del suo concorso, può disfare nello stesso modo. Avendo scelto un genere di atto rivocabile per fare questa ricognizione, si presume, essersi riserbato il dritto di rivocare. D'altronde *nuda ratio non facit aliquem debitorem* (4). Questa regola è generale, e si comprende, che se no 'l fosse, nulla sarebbe più facile ad un testatore dell'attentare alla quota indisponibile (a) con delle liberalità occultate sotto la forma di confessione di debiti. E questo è così vero, che anche quando la confessione di un debito è stata fatta in un atto tra vivi, non fa pruova, quando ha avuto luogo in assenza del creditore. Il che insegna Fabro (5): « *Nec ea vis esse potest extrajudi-* « *cialis confessionis, quae, absente parte,* « *facta sit, ut obligationis plenam proba-* « *tionem faciat.* » Con quanta maggiore ragione, allorchè vien fatta in un testamento!

2057. Per corroborare sempre più la dottrina, che una confessione di debito contenuta in un testamento rivocato, è del pari rivocata, citeremo il codice del presidente Fabro (6) e l'arresto del Senato di Chambery, che vi è riferito. Trattavasi di un testamento, nel quale Tizio aveva istituito Mevio suo erede, dicendo fare questa istituzione, perchè la madre di lui, testatore, l'aveva gravato di un fedecommesso di tutti i suoi beni a favore del detto Mevio. Tizio rivocò in prosieguo questo primo testamento, ed instituì un altro individuo. Si dimandò dopo la morte del testatore, se la confessione contenuta nel primo testamento rivocato, poteva avere avuto l'effetto di conferire a Mevio un dritto di fedecommesso irrevocabile sui beni materni di questo stesso testatore. Si faceva valere, che nell'intervallo di due testamenti Tizio aveva messo Mevio in possesso di questi beni; che la madre di Tizio era stata colmata di benefizi da Mevio, che la confessione doveva fare pruova, perchè era esente da frode; si sosteneva, che la confessione del testatore fatta nel suo testamento doveva fare pruova contra di lui, *si nihil in contrarium probetur*, secondo Baldo (7). Dicevasi essere divenuta questa confessione irrevocabile mercè l'accettazione. Fabro confessa, che questo sistema non gli sembrava privo di fondamento, *eaque sententia mihi non improbabilis videbatur*; dapoichè, egli dice, concepisco bene di potersi rivocare, una volontà, che è dipesa da noi, che ci appartiene intieramente, *ea, quae a revocantis voluntate pendent*. Ma non era lo stesso nel fedecomesso in quistione; subitochè la madre del testatore ne l'aveva gravato, non aveva più facoltà di sottrarsene. Non poteva più pentirsi senza causa d'una confessione, che aveva fatto per discaricare la sua coscienza, tantopiù, che aveva messo in possesso il fedecommessario. Ma il senato non pensò così, e dichiarò la confessione rivocata, *hac sola ratione motus, quod revocato per posterius priore testamento, a tota voluntate recessisset, cujus etiam dixerat se poenitere: quasi confessio illa fideicommissi magis donandi animo, quam gratia explendae fidei facta videretur; sunt enim semper suspectae hujus modi confessiones*. Ed in quanto alla ragione, che si traeva dall'immessione in possesso di Mevio, si rispondeva, dicendo, che lo scopo del testamento essendo di deferire l'eredità, non poteva trarsi veruna conseguenza da un rilascio fatto in un'epoca, nella quale l'eredità non ancora era aperta, e presumersi, avere voluto il testatore preferire Mevio all'erede instituito nel secondo testamento.

Quale si sia l'opinione, che si formi sul modo come il Senato di Chambery ha riguardata l'accettazione, accettazione, che nella specie poteva non escludere le circostanze fraudolenti, è certo, che i principj, che sono relativi alla

(1) Aix, 8 giugno 1813 (Devill., 4, 2, 323). Parigi, 7 febbrajo 1832 (Devill., 32, 2, 339). Dijon, 20 luglio 1832 (Devill., 33, 1, 691).
(2) Bastia, 10 maggio 1823 (Devill., 7, 2, 210).
(3) Toullier, t. V, n. 637, p. 591.
(4) Pomponio, l. 26, D., *De donat.*

(a) Il testo dice « disponibile » ma è un errore tipografico. *Il traduttore.*
(5) C., l. 4, t. 11, *def.* 4.
(7) L. 6, t. V, *def* 17.
(6) Baldo sulla l. 1, C., *De falsa causa adj. legat.*, v° *Quaest. testator dixit.*

Digitized by Google

rivocabilità delle confessioni di debiti, fatte puramente e semplicemente per testamento, e sulle quali si è poggiato il senato di Savoja, sono al coperto da ogni critica (1).

2058. Osserviamo in seguito, che se queste specie di confessione di debiti fossero considerate come irrevocabili, si potrebbe facilmente farne uso per fore rivivere sotto di un'altra forma le clausole derogatorie, ed incatenare la volontà del testatore, che dev'essere libera sin all'ultimo momento. La suggestione se ne impadronirebbe per istrappare delle liberalità sotto il titolo di confessioni di debiti (2).

2059. Nulladimeno vi sono de' casi ne' quali la ricognizione di debito messa in un testamento non viene rivocata da un testamento posteriore. Il primo ha luogo, secondo Furgole, quando colui, che si pretende creditore, prova la causa del debito con qualche genere di pruova diverso dalla confessione del testatore. Ma allora vi è un titolo irrevocabile, non già per effetto del testamento, ma piuttosto in virtù dell'obbligazione, della quale ha provato l'esistenza.

Gli altri casi si presentano secondo Toullier, quando il testatore ha voluto, che colui, in di cui favore si pretende debitore, intervenisse nel testamento per accettare tale riconoscimento, o quando ordina, rilasciarsi al creditore assente un duplicato di questo riconoscimento (3). Però l'erede potrebbe dimandare di provare, non essere il debito reale (4).

2060. Da questi casi in fuori la ricognizione di un debito in un testamento non sarebbe un titolo in vita del testatore, in virtù del quale il creditore riconosciuto potesse agire contra di lui, perciocchè un testamento non può produrre effetto, che dopo la morte del testatore. Valerio Massimo (5) ci ha trasmesso su tale subietto una causa celebre. Visellio Varrone colpito da una grave malattia, si riconobbe debitore di una considerevole somma a favore di Octacilia, con la quale serbava un illecito commercio. Sfuggì al pericolo, che lo minacciava, e ricuperò la salute con gran dispiacere di Octacilia, che temè di vedere svanire per tale ristabilimento le speranze della sua fortuna. Sì che abbandonando in un sol tratto le parti di amante sottomessa per prendere quelle di donna presa da cupidigia, le quali parti meglio le convenivano, ebbe l'impudenza di dimandare a Visellio Varrone il pagamento del debito, che in sostanza altro non faceva, che colorire un legato. Ma Cajo Aquilio, Magistrato così commendevole pel suo carattere, che pel suo sapere, rigettò la dimanda di Octacilia.

2061. Gli antichi autori hanno agitata la quistione, se la confessione di un debito contenuta in un testamento rivocato, potesse servire per lo meno come principio di pruova scritta; e si sono decisi per l'affermativa (6). I signori Toullier (7) e Merlin (8) abbracciano pure questa opinione, ed in effetti è difficile di non adottarla; dapoichè l'art. 1247 (a) chiama principio di pruova scritta ogni atto emanato dal debitore, e che rende verisimile il fatto allegato (9).

Tuttavolta osservo, che secondo il sig. Toullier il riconoscimento non deve servire di principio di pruova scritta, che in quanto è fatto a favore di una persona capace (10). Ma perchè l'incapace non potrebbe del pari prevalersene? Non se ne vede la ragione, e credo col signor Merlin, essere questa proposizione un errore del sig. Toullier (11). Solamente si potrà dire, che il giudice si mostrerà più difficile sull'ammessione della pruova (12).

2062. Quello, che abbiamo detto di una disposizione testamentaria, che contiene una ricognizione di debito, deve applicarsi per identità di ragione alla disposizione, con la quale il testatore dichiara, essergli stato pagato da un tale un credito, che aveva contra lo stesso. Mantica decide, essere questa dichiarazione rivocabile, a menochè non sia stata accettata dal debitore, e che non abbia ottenuta per tal mezzo la forza di un contratto (13).

(1) V. *supra*, n. 2056, gli arresti di Aix, di Parigi, e di Dijon. V. anche Merlin, Repert. di giurisp., v° *Testam*, t. XVII, p. 801.

(2) Abbiamo letto in qualche parte (conclusioni dell'avvocato generale Enjalric, riferite dal sig. Dalloz, t. XXV, part. 2, p. 30) che tutti gli autori, che hanno scritto prima del codice, si accordano nel dire, che la dichiarazione di debito, contenuta in un testamento, non è rivocata da un testamento posteriore (Nimes, 9 dicembre 1822. Dalloz, 25, 2, 30). Quest'asserzione ci ha sorpreso, perocchè i più distinti giureconsulti sono per lo contrario di unanime avviso, che la confessioni di debito fatte per testamento sono essenzialmente rivocabili. V. specialmente Furgole, *Tratt. de' testam.*, cap. 11, n.i 48 e seguenti. Ricard, *loc. cit.*, part. 3, cap. 2, sez. 1, n. 114. Bonifazio, *Arresti di Provenza*; t. II, lib. 1, tit. 15, cap. 1. Brettonier *sopra Henrys*, n. 51, cap. 1, *quaest.* 6, dopo di essere stato dell'avviso della irrevocabilità nella sua 1.ª edizione, si è ritrattato nella 2., ed ho sostenuto essere la confessione rivocabile. Merlin, Repert. di giurisp., t. XVII, p. 808, col. 1 *in fine*.

(3) Toullier, t. V; n. 637.

(4) Pothier, *Donat. testam.*, cap. 6, sez. 2, § 36, n. 306.

(5) Valerio Massimo, l. 8, cap. 2, n. 2 (ediz. Panckoucke, t. III, p. 125).

(6) Furgole, cap. 11, n. 48. Ricard, part. 3, n. 114.

(7) T. V, n. 647.

(8) Repert. di giurisp., v° *Testamento*, t. XVII, sez. 2, § 6, p. 809. *in fine*.

(a) Art. 1301 delle leggi civili. *Il traduttore*.

(9) Arresto di Pau, 13 luglio 1822 (Devill., 7, 1, 420).

(10) T. V, n. 637.

(11) *Loc. cit.*, p. 810, col. 1.

(12) V. *supra*, n.i 728 e 729.

(13) *De conj. ult. vol.*, l. 9, t. VIII, n.i 9, 10, 11.

2063. Del resto se venisse ad essere provato, che la ricognizione del debito è sincera, e che il defunto era realmente obbligato, siccome non si tratterebbe più di un legato, la disposizione non sarebbe caduca per la premorienza di colui, a cui favore fosse stata fatta la ricognizione del debito, e bisognerebbe applicare qui non le regole de' testamenti, ma quelle de' contratti (1).

2064. Quando la legge dice, che un testamento non può essere rivocato, se non con un atto posteriore contenente cambiamento di volontà, essa autorizza tutte le congetture e le presunzioni, dalle quali si può irresistibilmente trarre la conseguenza, di non avere voluto il testatore perseverare nella sua prima risoluzione. Epperò non esiteremo a riguardare come contenente un cambiamento di volontà l'atto notariale, col quale il testatore dichiarasse, essere stato forzato dal timore e dalla violenza a fare il suo primo testamento. Dire, che questo testamento è un effetto dal più considerevole di tutt'i vizi, non è un rivocarlo implicitamente? (2) Per verità Bartolo (3) insegna una dottrina, che può sembrare contraria, ma questo giureconsulto scriveva secondo il dritto romano, che non permetteva di rivocare un testamento, se non con un testamento(4). Il perchè dava per ragione non potersi infermare un testamento perfetto con un atto di nuda volontà. Ma si comprende, dover essere diverso sotto il Codice Napoleone, nel quale la legge permette di rivocare un testamento con atto innanzi notaio, quantunque quest'atto non sia, che un atto di semplice volontà.

2065. Un testatore può fare rivivere un primo testamento rivocato da un secondo, limitandosi a rivocare questo secondo testamento?

La negativa è generalmente adottata; la rivocazione del secondo testamento non basta per fare rivivere il primo, ma è d'uopo inoltre, che il testatore manifesti formalmente, che intende di riabilitare il primo testamento, precedentemente rivocato (5).

Nondimeno un arresto di Grenoble (6) ha giudicato, che il testamento rivocato da un testamento posteriore riprendeva la sua esistenza per la sola ragione, che il testamento rivocatorio si trovava rivocato. Ma numerose decisioni sono state rendute in senso contrario di questa dottrina e con gran ragione. E per vero non vi è temerità in supporre, che una semplice rivocazione abbia necessariamente per iscopo nel pensiero del testatore di convalidare un antico testamento, che forse ha obbliato? Una sola cosa dev'essere riputata certa in questo fatto di rivocazione da parte del testatore, ed è, che il testatore, che si è limitato a fare questa rivocazione, ha voluto togliere la successione all'erede istituito. Andare più oltre, sotto pretesto di penetrare nel suo pensiero, è spingersi troppo lontano. Nè vi è veruna ragione per supporre, che ha rivocato piuttosto per fare rivivere il primo testamento, che per attribuire la sua successione a' suoi eredi *ab intestato*.

Lungi nondimeno da noi la pretensione di volere fare considerare il primo testamento annullato, come in un sistema troppo estremo si è cercato di sostenere. Noi non confondiamo qui menomamente la rivocazione e la nullità, che sono due cose ben distinte, e che hanno degli effetti ben opposti, ma diremo col dritto romano, l'antica giurisprudenza, la dottrina, e la giurisprudenza attuale, che un testamento rivocato non è meno un atto certo, un atto reale, un atto proprio a ricevere tutta la sua esecuzione, e che per riabilitarlo basta una indicazione di volontà, senzachè sia necessario un nuovo testamento, contenente delle nuove disposizioni nella forma testamentaria.

La legge 11, § 2, del Digesto *De bonorum possessione secundum tabulas* esamina il caso, in cui un testatore si dà in arrogazione, e vede così per questo fatto volontario da parte sua il suo testamento rivocato. Più tardi il testatore ridivenuto *sui juris*, muore. L'erede istituito, che reclama la eredità, dev'essere respinto per l'eccezione *doli mali*. E Papiniano, l'autore della legge, aggiunge, che sarebbe stato altrimenti, se il testatore avesse dichiarato per Codicillo o per altre lettere, *eodem testamento se mori velle*; non già, egli dice, che si possa fare rivivere un testamento *nuda voluntate*, ma perchè allora questa dichiarazione risultante dal Codicillo o da ogni altro scritto, sarebbe stata un mezzo di ribattere l'ostacolo, che si opponeva all'esecuzione di un testamento regolare. Per lo che il testamento nel dritto romano non era considerato come annullato, malgrado la sua rivocazione (7).

Nel nostro antico dritto francese Ricard (8) è il solo autore, che sostiene, che il dritto consuetudinario differisce su questo punto dal dritto romano. Del resto il suo annotatore Ber-

(1) Nimes, 9 dicembre 1822 (Dalloz, 23, 2, 30).

(2) Mantica, *De conject. ult. volunt.*, lib. 2, t. VIII, n. 5.

(3) Bartolo sulla l. 2, D., *Si quis. aliq. oblig. test.*, n. 14.

(4) *Supra*, n. 2047.

(5) Grenier, 346. Delvincourt, t. II, n. 2, sulla p. 101. Toullier, t. V, n. 635. Poujol, n. 10, sull'art. 1035. Dalloz, *Disposiz. tra vivi e testam.*, cap. 9, sez. 1, art. 1, n. 15. Douai, 3 novembre 1836 (Devill., 39, 2, 12).

(6) Grenoble, 14 giugno 1810 (Devill., 3, 2, 288). V. anche Merlin, *Repert., di giurisp.* v° *Rivocaz. di testam.*, § 4, n. 6. Coin-Delisle, n. 12, sull'art. 1035.

(7) V. Cujacio, *Quaest. Papin.*, sulla l. 11, § 2, *De bonorum possessione secundum tabulas*. *Aggiungi* il presidente Fabro, *Conject.*, l. 10, cap. 18.

(8) *Loc. cit.*, part. 3, n. 178.

gier si è incaricato di smentirlo, oomechè in prosieguo del passo, nel quale Ricard espone la sua opinioee, si legge, che ie data de' 22 di maggio 1691 un arresto del Parlamento fu renduto contrariamente alla sue opinione, e sulle conformi conclusioei dell'Avvocato generale D' Aguesseau.

Noi non possiamo fare meglio per indicare i veri principî in questa materia, che di citare le parole di d'Aguesseau (1).

« Il testamento rivocato dal testatore, egli « dice, esiste sempre ie se stesso; è sempre « un atto reale, un atto, la cui materia non è « aneullata. La formalità è intiera, la sua so- « lennità eon è cancellata. le nna parole l'atto « ha ie se quent'occorre per valere e per es- « sere eseguito. Qual'è dunque la causa, che « gli toglie, per così dire, l'essere ed il nome « di testameeto? È una causa ie qualche modo « esteriore, ch'è fuori dell'atto; è il cambia- « meeto della volontà del testatore, provnto da « un atto segeente. Sinchè questa causa sussi- « ste, il testameoto eon può essere eseguito; « un'assenza di volontà lo renderebbe eullo; « un ritorno certo di voloetà è assolutamente « eecessario per ristabilirlo nel suo primo sta- « lo. Ma subitochè questa voloetà si mostra, « il testamento rivive di pieno dritto. »

Del resto questi priecipî sono gli stessi sotto il codice Napoleoee. Ed un arreato di cassazione de'4 di dicembre 1811 (2) ne ha fatto l'applicazione, dichiarando, noe vietare il Codice di fare rivivere nn testameeto rivocato, nè essere eecessario di trascrivere di nuovo nell'atto di rivocazione le disposizioni coefermate del primo testamento. Altri arresti haeeo similmente deciso, sia formalmente sia implicitamente, che il testamento rivocato poteva rivivere, quaedo il testatore ne aveva manifestata la ietenzione nell'atto rivocatorio (3).

La decisione sarebbe la stessa, se l'ultimo atto di rivocazioee non fosse redatto nella forma testementaria, e se la rivocazione e la dichiarazione, che l'accompageano, fosse fatta solameete nella forma notariale a' termini dell'art. 1035. Il primo testamento non essendo cessato di esistere, basta, che l'eccezione, che gl'impediva di esser eseguito, sia cancellata da uea volontà formalmeete espressa. La rivocazioee eon ha distrutto il testamento, ma l'ha solamente paralizzato per un tempo piè o meeo lungo a grado del testatore. D'altronde un atto notariale, che coetiene rivocazioee, non lascia veruna incertezza sul cambiamento di voloetà del testatore, ed offre pari garentia, che una rivocazione per mezzo di testameeto; epperò un simile atto deve avere lo stesso potere e reagire con la stessa eeergia di un testamento sull'ultimo testamento (4).

Articolo 1036 — (991).

I testamenti posteriori, che non rivocheranno in una espressa maniera i precedenti, annulleranno in questi solamente quelle disposizioni contenutevi, che si troveranno incompatibili con le nuove, o che saranno contrarie (a).

SOMMARIO

2066. Disposizione di quest'articolo.
2067. Del principio ammesso in drillo romano di non potersi morire *partim* testato e *partim* intestato.
2068. Rigetto delle idee romane in questa materia in tempo dalla redazione del codice Napoleone.
2069. La quistione, se due disposizioni contenute in due testamanti siano contrarie, è una quistione di fatto.
2070. Esempio d' incompatibilità delle disposizioni testamentarie.
2071. Distinzioni da farsi per giudicare, se vi è incompatibilità — 1.° So il legato ripetuto due volte è di uo corpo certo.
2072. 2.° Se la stessa persona è due volte lagataria di quantità differenti.
2073. Regola di Bartolo nel caso, che i due lagati di quantità differenti procedono dalla medesima causa.
2074. Continuazione.
2075. Dell'incompatibilità tra due legati di quantità, quando vi è *translatio de casu in casum*.
2076. O quando vi è *translatio de persona honorata in personam honoratam*.
2077. Difficoltà in questo caso per giudicare, se il testamento ha voluto chiamare una persona in luogo di un'altra. — Decisioni su questo punto dolle leggi romane.
2078. Queste decisioni debbono essere seguite sotto del codice.
2079. Della rivocazione, quando il testatore ha eseguito il suo legato, mentre viveva.
2080. Causa Dumas Lavareille.
2081. Continuazione.

(1) Arioga 46, p. 220 e seg.
(2) Devill., 3, 1, 432.
(3) Douai, 3 novembre 1836, (Devill., 39, 2, 12). Cassaz., 22 marzo 1837 (Devill., 27, 1, 309). Dijon, 8 marzo 1838 (Devill, 38, 2, 134). Granobla, 29 novembre 1842 (Devill., 43, 1, 513). Cassaz.. rig. 7 febb. 1843, (Devill., 43, 1, 513). V. ancora Grenier, *Donat.*, n. 346, t. 1, e la nota della pag. 542, t. II. Delvincourt, t. II, n. 2, sulla p. 101, p. 382. Toullier, t. V, n. 635. Poujol, e. 10, sull'art. 1035. Dalloz, *Disposiz. tra vivi e testam.*, cap. IX, sez. 1, art. 1, n. 15.
(4) Cassaz., 22 marzo 1837 (Devill., 37, 1. 309). Dijon, 8 marzo 1838 (Devill., 38, 2, 134). V. anche una rimarchevole dissertaziona su questa quistione del sig. P. Pont, nella *Rivista di legislaz.*, t. III, p. 104.
(a) Corrisponde ad è uniforme all'art. 991 delle Leggi civili. *Il trad.*

Digitized by Google

COMENTARIO

2066. L'art. 1036, preferendo la regola de' paesi consuetudinari a' principi del dritto scritto vuole, che quando non vi è clausola espressa di rivocazione, un testamento posteriore non possa annullare il primo, che nelle disposizioni contrarie o incompatibili.

2067. Il dritto romano si opponeva a che uno stesso individuo potesse morire con due testamenti. E la ragione si è sensibile: secondo la massima, che niuno può morire *partim testatus, partim intestatus*, il testamento era la distribuzione intiera dell'eredità. Ora non si può dare due volte la medesima cosa, senzachè vi sia cambiamento di volontà; laonde il primo testamento non rappresentava più la volontà del disponente; e siccome la seconda disposizione deve vincerla sulla prima (1), ne seguiva, che il secondo testamento rompeva il primo, anche nel caso, in cui, non vi era clausola espressa di rivocazione: *ipso jure prius tollitur testamentum* (2).

Ma nulla vietava, che si potesse morire con due codicilli, perchè il codicillo non faceva erede, non portava distribuzione dell'eredità, nè gli si accordava altro, che il privilegio di fare de'legati e de'fedecommessi. Nel caso, in cui vi fossero due codicilli, il secondo non derogava il primo, che quando vi era contrarietà di disposizioni. *Sia prioris tenore discrepat, et contrariam voluntatem continet, revocatum esse* (3).

Ne' paesi consuetudinari si poteva morire con più testamenti, perchè i testamenti vi erano considerati come codicilli. Il secondo testamento non distruggeva il primo, che in quanto conteneva delle disposizioni incompatibili e la clausola di rivocazione (4).

2068. Il codice Napoleone, che non ha adottato le idee romane sulle istituzioni di erede, ha dovuto pronunziarsi per quest'ultimo partito, ed è quello, che ha fatto.

Il sig. Favard, oratore del Tribunato, teneva su tal subietto questo linguaggio, che non ci sembra al coperto dalla critica.

« Sulla rivocazione dei testamenti si è andato « lungi, egli disse, dal principio, secondo il « quale il testamento era presunto rivocato da « un testamento posteriore. Si presumeva, tale « essere stata l'intenzione del testatore. La « quale presunzione poteva essere contraria « alla verità, e la legge non deve stabilire, che « del'e presunzioni certe ed infallibili. Il per« ciò è convenevole di esigere, che il secondo « testamento contenga la dichiarazione preci« sa, che il testatore cambia di volontà: ciò « contiene il progetto, che vuole, che i testa« menti posteriori, che non rivocheranno i pre« cedenti di un'espressa maniera, annulleran« no in questi le sole disposizioni, che saranno « incompatibili con le nuove, o che vi saranno « contrarie (5) ».

Il signor Favard avrebbe dovuto distinguere i paesi di dritto scritto dai paesi consuetudinari, perciocchè il principio « che un testamento posteriore rivoca il precedente », non era seguito, che nelle provincie soggette al diritto romano. Da un altro lato non è esatto di dire, che il principio del quale parliamo, è basato su di una presunzione, e di aggiungere, non essere questa presunzione infallibile. Lo ripetiamo; in Roma il testamento conteneva la intiera distribuzione della eredità. Ora quando l'eredità era già distribuita in tutte le sue parti, se il testatore faceva un secondo testamento, vale a dire una nuova distribuzione di tutti i suoi beni, non vi era forse da parte sua cambiamento formale di volontà? È egli possibile di dare due volte la medesima cosa in una differente maniera senza rinunziare alla prima disposizione, che se n'è fatta? È forse questa una presunzione dubbia, incerta, suscettibile di controversia o una pruova *juris et de jure*, tanto persuasiva, quanto è possibile di ammetterne?

Le consuetudini ed il codice hanno per verità seguito delle regole differenti, ma perchè il punto di partenza non era lo stesso. Nei paesi retti dalla consuetudine, e secondo i principi del codice Napoleone il testamento non racchiude necessariamente la distribuzione della eredità intiera, per lo che le porzioni lasciate disponibili dal primo testamento, possono essere date dal secondo testamento, senzachè vi sia incompatibilità; dunque lo stesso individuo può morire con più testamenti.

2069. Appartiene al magistrato di giudicare, se due disposizioni, contenute in due testamenti, sono contrarie o incompatibili. Del resto la quistione è piuttosto di fatto, che di dritto, come più volte ha riconosciuto la Corte di cassazione, decidendo, essere questo un punto, che

(1) « *Posteriora derogant prioribus* ». L. 12, 47, 67, D., *De haered instit.* L. 19, C., *De fideic.* L. 3, C., *De fideic.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 313, n.° 201 e seguenti.

(2) L. 27, C., *De testam.*

(3) L. 3, C., *De codicillis. Instit.*, *De adempt. legat.* (*in princip.*).

(4) Argou, *Instit.*, *del dritto francese*, t. 2, cap. 7.

(5) Locré, t. XI, p. 507, n. 21. Fenet, t. XII, p. 612.

rientra nel dominio esclusivo dei giudici del merito, e che non può dare luogo a cassazione (1).

2070. Nondimeno taluni esempi non saranno inutili.

Così primieramente vi è incompatibilità, quando vi è cambiamento nella cosa duoata; *quum translatio fiat de re ad rem*, secondo l'espressione di Voet (2).

Per esempio il testatore dopo di avere legato a Tizio la piena proprietà di una cosa in un primo testamento, lega a questo medesimo Tizio in un secondo l'usufrutto. Il secondo legato rivoca il primo, perchè l'esistenza di entrambi sarebbe incompatibile; il testatore lega una parte della cosa, unicamente perchè non vuole, che il legato della cosa intiera sussista.

Si trova nel digesto una specie, che si lega a questa, e che deve essere notata. *Item pro fundo decem legentur, quidam putant; non esse adeptum prius legatum; sed verius est, adeptum esse; novissima enim voluntas servatur.* Il testatore aveva legato un fondo nel primo testamento, e lega alla stessa persona con un secondo testamento una somma di denaro; il giureconsulto Paolo decide, che il secondo legato fa svanire il primo.

Per la sana intelligenza di questa legge bisogna rimarcare, che risultava dal testamento o per lo meno dalle circostanze, che il testatore aveva voluto mettere una cosa nel luogo di un'altra; il che si scorge da queste parole: *si pro fundo decem legentur.*

2071. Ma nel caso, in cui questa intenzione del testatore non risultasse dalle sue ultime disposizioni, bisogna dimandarsi, se il legato è di un corpo di una medesima specie o di un legato di quantità.

1.° Se il legato è di un corpo certo della medesima natura, e che si trova ripetuto in un secondo testamento, sarà dovuto una volta sola in virtù dell'ultimo testamento. « *Mela « scripsit, si fundus in dote sit, et speciali- « ter sit legatus, mox generaliter dos rele- « gata, non bis, sed semel deberi fundum.* » Perocchè il testatore, che ripete più volte una disposizione di questo genere, è considerato, *non sepius eamdem rem legare, sed magis saepius loqui*, come dice Papiniano (3). Perchè il legato sia dovuto due volte, bisognerà, che il legatario provi, che il testatore ha voluto legargli col secondo testamento l'estimazione di quello, che aveva legato col primo, ma nel dubbio la prima disposizione sarà rivocata dalla seconda, o per dir meglio tutte due si confonderanno insieme (4).

Che se il testatore ha legato nel primo testamento un corpo certo di una certa specie, e nel secondo lega alla stessa persona un corpo certo di una specie diversa, i due legati saranno dovuti. Per esempio Tizio lega a Cajo un cavallo, e con un secondo testamento gli lega una mostra a ripetizione; non si può supporre, che il testatore abbia voluto cambiare di volontà (5).

2072. 2.° Passiamo al caso, in cui il legato è d'una quantità.

Secondo Pothier (6) se nel primo testamento il testatore ha legato una certa quantità, e se nel secondo lega una quantità differente alla stessa persona, vi è presunzione, che abbia voluto modificare la prima disposizion, con la seconda (7).

Ma secondo la dottrina di Bartolo questa regola è troppo generale, e potrebbe condurre a de'gradi errori. Ecco la distinzione, che fa il comentatore italiano.

« Se una quantità si trova legata due volte « alla stessa persona in due differenti atti di « ultima volontà, o questi due legati sono fatti « puramente e semplicemente senz'alcuna re- « lazione apparente dell'uno all'altro; ed al- « lora nel dubbio si presume, il testatore ave- « re voluto raddoppiare il legato (8); ovvero « questi due legati sono stati legati *ob unam « et eamdem causam*, ed allora deve preva- « lere l'ultimo (9). »

A nostro avviso questa opinione è preferibile a quella di Pothier. Bartolo non si ferma alla differenza di quantità delle due disposizioni, come fa l'autore delle Pandette, ma dimanda una cosa sola: i due legati hanno relazione tra loro, procedono dalla medesima causa?

Tizio lega con un testamento 150 franchi di rendita vitalizia al suo cocchiere pe'suoi servigi: con un secondo testamento, che non rivoca il primo, lega allo stesso individuo 100 franchi di rendita vitalizia anche pe'suoi servigi. Quest'ultimo legato rivoca il primo per la ragione, ch'essendo fatto *ob unam et eamdem causam*, come dice Bartolo, si vede chiaramente, che il testatore ha voluto rinunziare alla sua prima disposizione. Questa sola ragione tronca la difficoltà, ed essa, assai più della differenza di quantità, ci spiega il cambiamento di volontà del testatore.

Ma in un primo testamento Tizio lega 10,000

(1) Cassaz., rig., 22 giugno 1831 (Devill., 31, 1, 253. Cassaz., rig., 29 maggio 1832 (Devill., 32, 1, 436). Cassaz., rig., 8 luglio 1835 (Devill., 35, 1, 741). Cassaz., rig., 30 marzo 1841 (Devill., 41, 1, 406).

(2) *De adim. legat.*, n. 7.

(3) L. 66, § 5, D., *De legat.*, 2.°

(4) Voet, *De legat.*, n. 34.

(5) Bartolo sulla legge *Moevius*, § *Eum qui* nel tit. *De legat.*, 2° Digesto.

(6) *Pandette*, t. II, p. 317, n. 318.

(7) L. 18 *in princ.*, D., *De adim. legat.*

(8) L. 12, D., *De probat.*, *et praes.*

(9) L. 18, D., *De adim. legat.* L. 9, D., *eodem titulo* L. 11, C., *De legat.*

Digitized by Google

franchi a Sempronio; poi in un codicillo fatto più mesi dopo lega 5,000 franchi allo stesso Sempronio; non spiega la causa del suo legato, nè dice nulla, che possa fare conoscere la sua intenzione rivocatoria. Si dovranno pagare tutti due, ovvero, si deciderà, che Tizio ha voluto ridurre a 5000 franchi la sua prima liberalità?

Secondo Pothier così si dovrebbe decidere per la differenza delle quantità. Ma tale decisione sarebbe ben ardita, ed in effetti chi mi dice, che il testatore ha cambiato d'intenzione per diminuire il legato? Chi mi assicurerà, che non abbia voluto per lo contrario estendere gli effetti della sua generosità? Nel dubbio la provvisione è dovuta al titolo. Il legatario si presenta con due atti validi; questi due atti debbono esser eseguiti in quanto concerne ciascuno, sin a quando l'erede non abbia provato, l'uno de' due atti essere inutile. Tal'è la decisione formale della legge 12 *D.*, *De probationib.*, così felicemente citata da Bartolo.

Forse si dirà, che la legge 12 parla del caso, nel quale una stessa somma si trova legata dapprima in un testamento, e poi in un codicillo, e che solamente quando si tratta della ripetizione della medesima somma, la legge si pronunzia nel dubbio per il cumulo de'legati. Ma rispondo, che non veggo il perchè il legato sarebbe dovuto due volte, quando la somma è la stessa, ed una volta sola, se la somma contenuta nell'ultimo testamento non è la stessa. Per lo contrario mi sembra, che la legge 12 considera la differenza ne'suoi punti più estremi, e ch'essa stabilisce il caso più suscettibile di difficoltà per trarne un argomento *a fortiori*. Ed in vero non si può dire, che questa somiglianza della prima e della seconda disposizione è un indizio di aver il testatore perseverato nella sua prima intenzione, e che se l'ha manifestata due volte, è stato meno per raddoppiare il legato, che per assicurargli tutt'i possibili mezzi di esistenza e di esecuzione? D'altronde Celso si decide nella legge 12 per un motivo generale; la provvisione è dovuta al titolo. Il legatario ha due titoli; dunque ha due crediti; dunque nel dubbio gli si debbono pagare.

Pothier cita per prova della sua opinione la legge 18 *D.*, *De aliment. legat.* Ma bisogna osservare dopo Bartolo, che se nella specie di questa legge l'ultima disposizione rivoca la prima, è perchè l'una e l'altra erano state fatte *ob unam et eamdem causam*.

2073. Quello, che abbiamo detto del caso, in cui un legato d'una quantità è fatto con un secondo testamento ad un individuo, di già legatario di una altra quantità, deve applicarsi al caso, in cui il testatore, che in un primo testamento avesse legato 1,000 franchi a Tizio, gli legasse nel secondo una mostra a ripetizione. Se questi due legati sono stati fatti *ob unam et eamdem causam*, e se il testatore ha voluto mettere la mostra nel luogo della somma, vi è rivocazione del primo legato. Ma se questa volontà non risulta dal testamento, si deve nel dubbio fare valere i due legati, perchè hanno in loro favore il titolo e per conseguenza la presunzione (1).

Senza fare questa distinzione, ch'è la sola bussola in questa materia, il sig. Toullier decide, che se dopo di avere legato il fondo corneliano a Tizio in un primo testamento, gli lego 100 scudi col secondo, il primo legato è rivocato dal secondo (2).

Ma la ragione dice, che nella specie, quale il sig. Toullier la stabilisce, la sua soluzione è cattiva. Essa contraria la legge 12 *De probat.*, del Digesto, ed indarno il sig. Toullier cita in appoggio la legge 6, §. 2. *De adim. legat.*, che abbiamo più sopra riferita, dapoichè in questa legge il testatore aveva chiaramente la volontà di sostituire una cosa ad un'altra, *si pro fundo decem legentur*.

Quest'errore del sig. Toullier non è sfuggito al sig. Merlin (3), ma le ragioni, che abbiamo date nel corso di questa dissertazione, lo rendono anche più palpabile.

2074. Ritornando alla regola di Bartolo, aggiungiamo, che si potrà forse obiettare per combatterla, che la moltiplicazione de' legati non si presume. Ma per quale caso questa regola è stata fatta? Per un caso tuttaffatto straniero a quello, che ci occupa, come or' ora se ne rimarrà convinto.

Nel dritto romano si poteva legare una medesima cosa a due persone *per damnationem* in due separate disposizioni. Per esempio: *Heres meus, Titio fundum tuscolanum dare damnas esto; heres meus Maevia, eumdem tusculanum dare damnas esto.* Secondo il dritto antico erasi deciso, che ciascuno dovesse avere il legato *in solidum*, vale a dire l'uno la cosa, l'estimazione l'altro (4). Ma per la legge unica, § 11 del Codice *de Caducis tollendis*, fu deciso, che non si presumerebbe la moltiplicità de'legati, e che i legatarii verrebbero chiamati per porzioni uguali.

(1) V. su tutto questo Furgole, cap. 11, n. 118. L'opinione di Furgole ci sembra assolutamente conforme a quella di Bartolo. « Da questi testi, egli dice, « si può trarre la regola, che ogni volta, che la seconda disposizione riguarda le stesse persone, e che si « tratta delle medesime cose, la seconda disposizione « rivoca la prima ». L'avviso di Bartolo è anche quello di Cujacio (*Observat.*, n. 14, a. 19). *Aggiungi* Menochio, lib. 4, *praesumpt.* 128. Voët, *De legat.*, n. 34. Celso 1. 12, D., *De probat.*, Pothier, *Pand.*, t. II, p. 317, n. 217.

(2) Toullier, t. V, n. 643.

(3) Repert. di giurispru. v° *Revoc. de legs*, t. XVII, § 2, p. 529.

(4) Cajo, *com.*, 2, § 205; Ulpiano, *Fragm.*, t. XXIV, §§ 11 e 12.

La regola, che non si deve presumere la moltiplicazione de' legati, dev' essere dunque applicata con discernimento. D'altronde è combattuta dall'altra massima, che non si presume la rivocazione di un primo legato da un secondo, imperocchè si sarebbe esposto al rimprovero contenuto nella legge 91, §. 3, *D.*, *De verb. oblig.* « *Plerumque sub auctoritate* « *juris scientiae perniciose erratur* ». Rammentiamoci sempre questo avviso di Sabino e di Paolo: *Quum regula in aliquo vitiata est, perdit officium suum* (1).

2075. In secondo luogo vi è incompatibilità e per conseguenza rivocazione del primo legato, quando il testatore cambia la modalità, dalla quale questo legato è circondato. È questo, che Voet chiama *translatio de casu in casum*. Questa translazione per esempio ha luogo nel caso, in cui il disponente rende pura e semplice la disposizione, che nel primo testamento era condizionale e *vice versa* (2).

2076. In terzo luogo la rivocazione non è obietto di alcun dubbio, quando il testatore trasporta la cosa legata con un primo testamento ad una persona, che gratifica con un secondo testamento. Il che chiamasi translazione *de persona honorata in personam honoratam*. Per esempio la casa, che ho legata a Tizio, la lego a Sempronio (3).

Nel caso di questa translazione il peso, il modo, il tempo, la condizione, che si trovano apposte nel primo legato, sono ripetute nel secondo; nonperò bisogna eccettuarne il caso, in cui il peso è personale (4).

Bisogna pure eccettuare il caso, nel quale la translazione del legato si fa con de' pesi speciali; allora i pesi del primo legato non si presumono ripetuti nel secondo (5).

Finalmente un' ultima eccezione ha luogo secondo Mantica (6) e Paolo di Castro (7), la cui autorità egli invoca, allorchè i pesi e le condizioni della prima disposizione essendo stati adempiti, non resta più nulla da fare. Per esempio, Tizio lega 20,000 franchi a Mevio col peso di far mettere il suo ritratto nella Cappella de'Gesuiti in Bastia. Tizio fa mettere egli stesso questo ritratto, e con un secondo testamento trasferisce a Cajo il legato, che aveva fatto a Mevio. È chiaro, che il legato sarà divenuto puro e semplice, non essendovi più peso da adempire. Si oppone, che l' adempimento del peso da parte del testatore rivoca il legato (8). Ma questo principio è vero solamente nel caso, in cui il peso costituisce una causa finale, mentre qui il collocamento del ritratto nella Cappella non può essere, che una causa impulsiva, perciocchè il testatore dopo di averlo fatto egli stesso, considerando, che il legato di 20,000 franchi tuttavia esisteva, l'ha trasmesso in un'altra persona.

2077. Non è sempre facile di conoscere, quando il testatore ha voluto chiamare una persona nel luogo di un'altra; perocchè vi sono de'casi, ne'quali due persone non possono nuocersi nel profittare insieme della liberalità.

Nel dritto romano ecco qual era la regola per distinguere, se il testatore nel chiamare una nuova persona alla cosa legata, aveva avuto oppor no l'intenzione di rivocare la prima disposizione. Primieramente in quanto concerne l'istituzione di erede contenuta in due differenti testamenti a favore di due differenti persone, era una regola invariabile, che il secondo testamento annullava e rivocava di pieno dritto il primo (9). Relativamente a' legati, che potevano essere contenuti in diversi codicilli o in un testamento ed un codicillo susseguente, la rivocazione aveva luogo soltanto, quando la seconda disposizione era fatta con la intenzione di rivocare la prima. Altrimenti si supponeva, avere voluto il testatore dividere la sua liberalità tra'due chiamati, legando loro la cosa con la congiunzione *re tantum* (10): *si eadem res in primis et secundis tabulis, diversis personis legetur, legatum non videtur adeptum a primo legotario, sed ambo sunt re conjuncti ita ut faciant sibi partes per concursum. Pari ratione, si res, quae fuit uno legata in testamento, alteri fuit relicta in codicillis, non intelligitur adempta a primo, sed ambo concurrunt* (11).

2078. Ne' principî del dritto francese, nei quali consideriamo come legati le instituzioni di erede, la decisione delle leggi romane per rispetto a' legati dev'essere seguita. Per verità si dirà, che non ammettiamo noi la congiunzione *re tantum*, quando la cosa è donata con due atti diversi. Ma bisogna osservare, che se il Codice ha riguardata la congiunzione *re tantum* sotto un aspetto differente dal dritto romano, è unicamente per sapersi, se deve oppur no produrre l' accrescimento. Pel rimanente è chiaro, che le due disposizioni non hanno nulla necessariamente d' incompatibile,

(1) Paolo, l. 1, D., *De regul. juris.* Pothier, *Pand.*, t. III, p. 698, n.° 1 o 2.
(2) Voët, *De adim. legat.*, n. 7, Paolo, l. 6, D., *De adim. leg.* Ulpiano l. 7, D., *De adim. leg.*
(3) Paolo, *loc. cit. Instit.*, *De adempt. legat.* Pothier, *Pand.* t. II, p. 433, n. 26. Voët, *loc. cit.* n. 7.
(4) Voët, *loc. cit.* Mantica, *De conject. ultim. vol.*, l. 12, t. III, n. 3: « ... *Nisi talis sit conditio*, egli dice, *quae personae cohaereat et per alium aeque impleri non possit* ».
(5) Bartolo, sulla l. 30, D., *De adim. legat.*, Mantica, *loc. cit.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 434, n. 33.
(6) *De conject. ultim. volunt.* l. 12, t. III, n. 3.
(7) *In consil.* 326, n. 2, vol. 1.
(8) V. *infra*, n. 2105 e n. 2106.
(9) *Supra*, n. 206.
(10) Pothier, *Pand.*, t. II. p. 435, n. 34.
(11) Mantica dopo Alessandro) *loc. cit.*, l. 12, t. II, n. 3.

Digitized by Google

e che due persone, per esempio, possono essere simultaneamente chiamate al legato di una medesima cosa (1). Così se con un primo testamento istituisco Cajo mio legatario universale, potrei istituire con un secondo Tizio anche mio legatario universale senzachè questa seconda disposizione rivochi la prima.

Così istituisco con un primo testamento Cajo in una quota parte di beni, e con un secondo testamento Tizio nell'universalità della mia successione. Le due disposizioni potranno concorrere (2), perchè il legato generale non rivoca il legato speciale, sia che questo siegue o precede. « Lego a Tizio il mio cavallo arabo, lego a Cajo tutt'i miei cavalli »; ovvero « lego a Cajo tutt'i miei cavalli; lego a Tizio il mio cavallo arabo ». Queste due disposizioni possono sussistere senza contrariarsi. Ed in effetti dice Mantica (3), « *si speciale praecedat*, « *minuit generale per non comprehensionem*, « *quia de speciebus alteri legatis testator* « *non intelligitur cogitasse; si vero speciale* « *subsequatur, imminuit generale per revo-* « *cationem et translationem.* ». Ed ecco perchè la giurisprudenza decide (4), che un legato a titolo universale o a titolo particolare contenuto in un testamento, dev'essere eseguito quantunque vi sia un secondo testamento contenente un legato universale in favore di una altra persona.

Infine se con un primo testamento lego la mia casa a Cajo, e con un secondo la lego a Sempronio senza dire, che rivoco il primo testamento col secondo, Cajo e Sempronio concorreranno, perchè non vi è incompatibilità.

2079. La rivocazione del legato ha luogo ugualmente, quando il testatore esegue in sua vita la liberalità, che dapprima aveva voluto rimettere sino a dopo della sua morte, perchè allora il legato diviene inutile; la donazione posteriore lo rende senza obietto; d'onde questa regola de'dottori: «*legata, vivo testatore, praestari possunt* (5) »; la quale si fonda sulle leggi 22, *D.*, *De legat.* 2.° e 6, *De auro legat.*

L'Imperatore Alessandro ne dà un esempio nella legge 11 C., *De legat.* (6). Un padre aveva lega a una somma di denaro a sua figlia; poi le costituisce in dote in sua vita una somma simile. La figlia non avrà nulla da reclamare in virtù del testamento; « *Filia legato-* « *rum non habet actionem, si ea, quae in te-* « *stamento reliquit, virus pater postea in* « *dotem dederit* (7) ».

Si trova nella legge 22 *D.*, *De legat* 2.°, una decisione fondata sul medesimo ordine di idee.

Qui non è una disposizione di ultima volontà quella, che si viene a mettere in contradizione con una disposizione di ultima volontà anteriore, ma è un atto tra vivi, una donazione, quella, che toglie al legato la sua causa ed il suo effetto, dando immediatamente alla persona gratificata il vantaggio, che dapprima il testatore aveva voluto soltanto assicurarle dopo della sua morte. Il padre ha voluto prevenire la sua morte, e non ha voluto far attendere sua figlia.

Se il padre avesse dato a sua figlia una sola parte della cosa legata, questa avrebbe azione pel dippiù (8). Questo è certo, malgrado la controversia, ch'è esistita su questo punto tra gl'interpreti, Oldrado si era pronunziato per l'azione; Dino si era pronunziato contra, ma Oldrado aveva per lui Baldo, Paolo di Castro, Giasone, Fachineo ed altri, ed il sano giudizio de'fatti era di accordo con la loro opinione.

Bartolo proponeva un temperamento molto specioso; se il testamento, egli diceva, ha lasciato 400 a Tizio pel suo stabilimento, e se suo padre la colloca in sua vita con 200, Tizia non avrà nulla da reclamare dopo la morte di suo padre al di là di 200, perocchè la causale del testamento è adempita, essendo la figlia stabilita, ed il testamento diviene inutile pel soprappiù.

Nulladimeno questa interpretazione ci sembra troppo severa, imperciocchè non è probabile, che il Padre avesse voluto ridurre un beneficio, che aggiungerà al benessere di sua figlia ed alla prosperità del suo stabilimento (9). I 400 sono stati donati pel suo stabilimento, e giovano ad esso.

2080. Codeste quistioni, di già decise da un arresto della Corte di Tolosa de' 14 di giugno 1825, confermato in cassazione il 25 di giugno 1828 (10), e da un arresto della Corte di Rouen de'3 di decembre 1846 (11), si sono presentate in una specie giudicata dalla Corte di appello di Parigi (prima Camera) il 29 di aprile 1851 sotto la mia presidenza.

G. B. Dumas Lavareille, che possedeva una considerevole fortuna, fece li 8 settembre 1825 un testamento, nel quale donò a ciascuno dei

(1) Merlin, Repert. di giurisp. v° *Rivoc. di leg.*, t. XVII, § 2, p. 530. Toullier, l. V, n. 616.

(2) Grenier, n. 289, Merlin, Repert. di giurisp. v° *Rivoc. de legs.* t. XVII. *loc. cit.*

(3) Mantica, *De conject. ult. vol.*, l. 12, t. II, n. 28.

(4) Nîmes, 7 febb. 1809 (Devill., 3, 2, 16) Grenoble, 22 giugno 1827 (Devill., 8, 2, 381). Riom, 8 novembre 1833 (Devill., 33, 2, 494).

(5) Gotofredo sulla l. 11, C., *De legat.*, Doneau, 8, *comm.*, 1, 11. Brunemann sulla l. 11 C., *De legat.* Cujacio sulla l. 1, D., *Pro haerede*. Voët, *De adim. legat.* n. 6, Mantica. 12, 6, 18.

(6) V. su questa legge Cujacio sul Codice, tit. *De legat.* Fachineo, *controv.* 5, 55.

(7) *Et vice versa*, l. 34, § 6, D, *De legat.*, l. o 29. D, *De jure dot.*

(8) Fachineo, *loc. cit.*, Voët, *loc. cit.*

(9) Argom., della legge 22, D., *De legat.*, 2.

(10) Devill, 9, 1, 119.

(11) Devill., 47, 2, 332.

figli di suo fratello, Marziale Lavareille, la somma di 100,000 franchi da pagarsi a ciascuno di loro nelle loro maggior'età o nel loro matrimonio.

G. B. Lavareille sopravvisse molto tempo a questo testamento. Suo fratello aveva più figlie e de'maschi. Egli poneva molto interesse, onde le sue nipoti contraessero delle buone alleanze con le migliori famiglie del paese, e volle favorire coa delle liberalità il loro collocamento.

La maggiore sposò il 21 di luglio 1836 il sig. Grand du Besty. G. B. Lavareille le donò nel contratto di matrimonio 60,000 franchi contanti.

La seconda si maritò il 18 di febbrajo 1844 col sig. Corn-Queyssac. Lo zio le fece donazione in anticipazione di eredità e sulla successione futura di esso donatore di una somma di 100,000 franchi. Pagò contanti 40,000 franchi, ma stipulò, che gli altri residuali 60,000 sarebbero esigibili solamente dopo tre anni dalla morte del donante.

La terza nipote di G. B. Lavareille sposò nel 1846 il sig. Leclére. Lo zio le donò pure 100,000 franchi col contratto di matrimonio. La sola differenza tra questo contratto ed il precedente è, 1.° che l'atto non dice, essere fatta la donazione in anticipazione di eredità; 2.° che la donazione è sottoposta ad un patto di riversione a favore del donante in caso di premorienza della sig. Leclére senza figli.

Infine la quarta nipote di G. B. Lavareille sposò il 2 di giugno 1847 il sig Fouscaberte. Lo zio le donò 100,000 franchi, de' quali 40,000 franchi contanti e 60,000 franchi esigibili dopo della sua morte.

Il sig. Lavareille morì a Parigi il 14 giugno 1848. La sua fortuna rimaneva tuttavia considerevole, se non che gli avvenimenti di Febbraro ne avevano diminuito di molto l'importanza.

Molti eredi si presentavano, comechè la famiglia di Lavareille era numerosa; vi erano tre rami.

1.° Il ramo Lavareille composto di sette nipoti maschi e femmine.

Oltre le quattro nipoti, di cui abbiamo ora parlato, vi erano tre nipoti figli di Marziale Lavareille, e fratelli delle signore du Basty, Corn Queyssac, Leclère, e de Fouscaberte.

2.° Il ramo Bardou da una sorella del defunto.

3.° Il ramo Laforet da un'altra sorella del defunto.

Per lo che la successione doveva dividersi in tre.

Le quattro nipoti del sig. de Lavareille aveo dimandato il rilascio del legato di 100,000 franchi, fatto a ciascuna di esse col testamento degli 8 settembre 1825, e fermandosi e tale legato, hanno rinunziato alla successione. Per lo contrario gli eredi hanno sostenuto, essere stati questi legati rivocati dalle donazioni contenute ne'contratti di matrimonio.

Una sentenza del tribunale della Senna degli 11 di gennaro 1850 si pronunziò per la rivocazione.

Il Tribunale considera, che questi legati sono stati fatti per essere pagati nel tempo del matrimonio, e che le donazioni fatte più tardi dallo zio nel momento del matrimonio delle sue nipoti, altro non sono, che l'esecuzione di questi legati.

Osserva, che se il cumolo fosse adottato, si perverrebbe a questo bizzarro risultamento, cioè che le nipoti di Lavareille, riceverebbero due volte dippiù dei loro tre fratelli, il che non era nel pensiero del testatore.

Il Tribunale argomenta in seguito da un progetto di testamento del 1847, del quale parleremo or ora, e che secondo esso contiene degl'indizi di tale natura da confermare i suoi giudizi.

Sull'appello la causa fu aringata con energia dal signor Duvergier per lo cumolo e dal sig. Thureau contra del cumolo.

2081. Ecco le ragioni che hanno determinate la mia opinione.

La legge 12 del D., *de prob.* (1), vuole, che colui, che si presenta con due titoli successivi di liberalità, possa pretendere ad un doppio pagamento, perocchè questi due titoli formano la sua pruova; la provvisione loro è dovuta, e spett'a colui, al quale vengon' opposti, di provare, che la liberalità non deve essere reddoppiata.

Ma giusta questo medesimo testo la pruova contraria può essere fatta, e bisogna cercare negli atti e nelle circostanze della causa, se ne risulta, che una liberalità assorbisce l'altra.

Abbiamo veduto qui sopra secondo Bartolo, che quando due liberalità procedono *ex una et eadem causa*, non potrebbero concorrere entrambi (2). Abbiamo veduto l'applicazione di questa regola ae' testi stessi del diritto romano, e specielmente nelle leggi 22, *D.*, *De legat.* 2.°, e sopratutto 11 C. *De legatis*.

Quest'ultima ha un'applicazione diretta alla nostra difficoltà. È un testatore, che lega 400 a sua figlia, e che in seguito le dà 400 in dote; ora il giureconsulto decide, che i due doni non potrebbero essere cumolati: tal'è la specie attuale nella sua semplicità. È chiaro, che quando il donatario possiede a titolo gratuito la cosa, che fa l'obietto della liberalità, il le-

(1) Cavata dagli scritti di Celso.

(2) N. 2072.

gato anteriore di questa medesima cosa è senza causa (1).

Bartolo comentando la legge 11, fa un'osservazione, che ha dell'importanza. Insegna, che se i 400 non fossero stati legati alla figlia in veduta del matrimonio, la liberalità doveva essere raddoppiata; perocchè 400 dati a titolo di dote, non vietano il dono di 400 ad un altro titolo. « *Si vero legavit quantitatem, et quidem expressit causam, quia dixit pro dote, tum dotando eam extinguit legatum (L. Lucius, 88, § Impuberem, 7, D., De leg. 2.°). Si autem reliquit quantitatem simpliciter, tum dotando eam postea, simplex legatum non extinguitur. (L. Quinquaginta, D., De probat.)* ».

Questa distinzione è ragionevole. Ma qui si può dire con certezza, che nell'intenzione di Lavareille il matrimonio delle sue nipoti era una delle cause principali del legato di 100 000 franchi. Egli desidera il loro collocamento; spera, che potranno maritarsi prima dell'a maggiore età. Epperò il matrimonio è la circostanza, che prevale nell'animo di Lavareille.

Intanto che cosa avviene?

Lavareille vede prolungarsi la sua vita; le sue nipoti crescono sotto il suo occhio; è testimone di quei successivi collocamenti, che ha desiderato con tutti i suoi voti, e che nel 1825 temeva, non doversi realizzare, che dopo di lui? Che cosa egli fa? (2) Dota le sue nipoti; paga loro nei loro matrimonî quei 100, 000 franchi, che nel suo testamento si dichiarano pagabili in tale epoca. Questo non è dire, che il testatore ha soddisfatto in sua vita egli stesso il suo legato?

Nulladimeno vi è un fatto particolare in quanto concerne la signora Grand di Basty. Questa non ha ricevuto col suo contratto di matrimonio, che 60, 000 franchi, mentre il testamento le ne assicura 100, 000. Si conchiuderà forse, che le due liberalità non hanno connessità, e che la donazione non è il pagamento parziale del legato? Questo sarebbe un allontanarsi dalla evidenza, giacchè Lavareille ha dato un acconto sui 100 mila franchi, ma il suo testamento la lascia debitore nella sua morte di 40,000 franchi: ecco tutto.

Senza dubbio il tribunale ha avuto torto di non vedere, che il dono di 60, 000 franchi non estingueva il legato, che sino alla dovuta concorrenza, ed ha avuto torto di dichiararlo abolito per lo intiero Esso ha applicato l'opinione di Dino in contraddizione del testo del dritto romano e dell'opinione di tutti gli autori. In questo la sentenza deve essere riformata. Lavareille ha fatto soltanto una compensazione parziale; il dippiù del legato rimane in piedi.

Bisogna ora insistere su questa idea, che è fondamentale, cioè che Lavareille nel costituire le doti, non ha fatto, che realizzare il pensiero contenuto nel suo testamento. E per porlo in luce esistono delle ragioni attinte dal testamento e delle ragioni estrinseche.

E dapprima mettiamoci nel momento preciso, in cui Lavareille dispone. L'economia del suo testamento è, che le sue nipoti non ricevano da lui che 100, 000 franchi. Egli distribuisce tutti i suoi beni tra i tre rami; poi istituisce suo fratello legatario universale. È vero, che questo fratello è Marziale Lavareille padre delle signorine Lavareille, ed il testatore può ragionevolmente pensare, che le sue nipoti troveranno nella successione del padre loro un aumento di fortuna, ma non è meno vero, che il testatore vuole, che tutto quello, che eccede i legati da lui rimasti, passi per le mani di suo fratello, che questo ultimo ne divenga proprietario, e che ne disponga a suo grado Ne lascia alle sue nipoti niente di più di 100,000 franchi.

Che avviene dopo? Il legatario universale muore nel 1839; la disposizione fatta a suo profitto diviene caduca, e tutti i beni, che il testatore gli destinava, vanno a formare una massa, che in mancanza di nuove disposizioni da parte di Lavareille, si dividerà nella sua morte tra i tre rami.

È certo, che Lavareille ha pensato di fare un nuovo testamento ed a riparare il tristo sconcerto, che la morte di suo fratello aveva prodotto nelle sue disposizioni. Però nulla si è compiuto, e Lavareille ha lasciato soltanto un progetto imperfetto di testamento. Ma checchè ne sia, le costituzioni delle doti, di cui nella causa si tratta, sono forse delle nuove disposizioni, che tendono ad aumentare la somma delle liberalità fatte col testamento del 1825? Questo è difficile che si possa ammettere.

Primachè la morte del legatario universale non venisse a turbare le combinazioni del testamento del 1825, una delle nipoti di Lavareille era stato maritata; aveva sposato Grand di Basty nel 1834, e Lavareille le aveva dato in dote una somma di 60,000 franchi pagati contanti.

In questa posizione non è per nulla ammessibile, che Lavareille abbia inteso di aggiungere questi 60. 000 franchi ai 100,000 franchi legati nel 1825, perocchè nel fare questo cumulo avrebbe indebolito il legato universale fatto a suo fratello, ed infranta l'economia del testamento. Avrebbe arricchita la nipote a spese del padre, e non solamente avrebbe in un certo modo attentato all'autorità paterna di suo fratello, ma avrebbe stabilito una ine-

(1) Argom. dalla l. 88, § 7, D., *De legat.*, 20.

(2) V. *sopra*, n. 320, ov'è detto, essere la condizione adempita, benchè sia adempita prima della morte del testatore.

guaglianza tra i figli Lavareille, tra coloro, che si maritavano, o coloro, che non ancora si maritavano. Egli si sarebbe esposto a lasciarsi sorprendere dalla morte, senza avere potuto prendere dei mezzi, onde ristabilire l' equilibrio, e senza avere fatto cessare per la signora Grand di Basty una preferenza, che nulla giustificava. Ed è molto più ragionevole di pensare, aver egli inteso di pagare alla signorina Lavareille nel giorno del suo matrimonio un acconto dei 100, 000 franchi, che secondo il testamento del 1826 le dovevano essere pagati nel medesimo giorno. *Intelligitur facta animo compensandi*, come dice il Cardinale Mantica (1).

Lo stesso testamento contiene una disposizione, che prova quanto Lavareille era imbevuto nel 1825 di queste idee d' impotazione. Nel momento, in cui testava, una sola delle sue nipoti, del ramo Laforet, era maritata; ed era la signora Lamare. In questo ramo egli lasciava a ciascun figlio 60,000 franchi. Ma, siccome aveva donato alla signora Lamare 25, 000 franchi nel maritarla, dichiara formalmente nel testamento, che questa signora dovrà reclamare soli 35,000 franchi per raggiungere i 60, 000 franchi. D'onde si vede, che nel pensiero di Lavareille le doti si legavano ai legati, e che tutto questo era fatto *ob unum et eamdem causam*, come dice Bartolo. Il testatore non vuole, che le doti si aggiungano ai legati per rompere l' eguaglianza tra i figli di un medesimo ramo. E perchè mai Lavareille non avrebbe obbedito allo stesso sistema, quando ha dotato la signora Grand di Basty? Non aveva egli le medesime ragioni? non esisteva lo stesso bisogno di eguaglianza?

Si dirà forse che Lavareille ha espressa la sua volontà relativamente allo signora Lamare, e che non avendola espressa relativamente alla signora Grand di Basty, non si potrebbe argomentare dal primo caso al secondo? La risposta è facile. Lavareille non poteva nel suo testamento del 1825 dire nulla di una costituzione di dote, che ha fatto solo nel 1834. Dippiù quando ha dotato la signora Grand di Basty nel 1834, non dovrva dire, che questa dote si imputerebbe sui legati contenuti nel testamento del 1825, perchè si può ben esprimere, che un legato si compenserà sino alla debita concorrenza con una donazione preesistente, ma la reciprocanza non ha luogo, essendo il legato un atto rivocabile, e d' altronde è segreto di sua natura. Qual è l'uomo, che rivela le disposizioni del suo testamento?

Per lo che è certo, che lo donazione di 60, 000 franchi fatta a Madama di Basty col suo contratto di matrimonio, non è che il pagamento sino alla debita concorrenza dei 100,000 franchi promessile col testamento del 1825.

E forse lo stesso delle tre altre donazioni posteriori del 1844, 1846, e 1847? Non se ne potrebbe dubitare, perchè non vi è motivo per pensare, che Lavareille si sia allontanato dalle sue idee d' imputazione e di uguaglianza. Come ha pagato il legato dello dote alla sig. di Basty, così l'ha pure pagato alle sue tre sorelle. La sola differenza è di averlo pagato nella totalità per le tre sorelle, mentre l'aveva pagato solamente in parte per la prima.

L'identità della somma pagata in dote e della somma legata in dote (100, 000 franchi) prova semprepiù l' identità di causa tra il legato e la donazione. *Una et eadem causa.*

Nondimeno si può fare una obiezione. Dopo il matrimonio di Madama di Basty, suo padre, legatario universale di Lavareille, è morto, e soltanto dopo della sua morte le tre sorelle sono state collocate. Epperò qui non si può dire, che Lavareille sia stato trattenuto dal desiderio di non attenuare il legato universale di suo fratello, e dal sentimento così naturale di non preferire le sue nipoti a quest'ultimo.

Ma questa obiezione non è solida. Resto sempre, che Lavareille ha pagato in dote quello, ch'era stato legato in dote, e questo basta. Si può aggiungere, ch'egli aveva l'idea di rimpiazzare con un altro testamento quello del 1825, rovesciato dalla morte di suo fratello, e che dovev'aggiornare ogni aumento di liberalità sin al momento supremo, nel quale regolerebbe la sorte dello sua fortuna in una veduta d'insieme per tutta la sua famiglia.

La corrispondenza non lascia dubbio a tal riguardo. Una lettera de' 15 di gennaio 1845, scritta da Lavareille a sua cognata, dice, che la somma di 100, 000 franchi non è, che uno acconto, e che riserba l' ro un ultimo ricordo.

In un'altra lettera de' 15 di gennaro 1845 dice alla signora di Corn-Queyssoc, che indipendentemente da'100,000 franchi « spera di « offrirle, come alle sue altre sorelle, un' ulti- « mo ricordo. Infine in una terza lettera dei 9 di marzo 1845 scritta a sua cognata, dice sperare che « le sue nipoti avranno da lui « un ricordo.che non sarà lontano dai 200,000 « franchi. Con la fortuna della casa, voi po- « tete valutarle nella loro fortuna per una « cifra circa di 300, 000 franchi ». In questo tempo la fortuna di Lavareille toccava il suo apogeo. Che cosa promette alle sue nipoti? Circa 200, 000 franchi provvenienti da lui, che aggiunti a' 100, 000 franchi, ch' esse hanno da' loro parenti, portano il loro avere a' 300, 000 franchi.

Ma vedete i termini, de' quali si serve;

(1) *Conject.*, 12, 6, 18.

egli adopra delle espressioni, dalle quali risulta, che questo ricordo, che vuole offrire alle nipoti, non è affatto il testamento del 1825, ma sarà compreso in un testamento da farsi. Se avesse avuto in vista il testamento del 1825, non avrebbe parlato de' 200,000 franchi, come di cosa approssimativa, ma avrebbe parlato di 200,000 franchi al giusto. Del resto il progetto de' 10 settembre 1847 prova bene, che dopo la morte di suo fratello, Lavareille era dominato dall' idea di fare un testamento.

Questi argomenti sono sufficienti per provare l' *una et eadem causa* de' legati e delle doti. Quello, che dimandano le nipoti di Lavareille, è un privilegio, che distruggerebbe l'eguaglianza preveduta nel testamento, e che contra ogni probabilità metterebbe una ineguaglianza rincrescevole, immeritata, ed inesplicabile tra'fratelli, ridotti al legato di 100, mila franchi, e le loro sorelle, aventi dei vantaggi doppi.

Per fortificare queste ragioni non è necessario di argomentare da un progetto di testamento de' 10 di settembre 1847 inviato a Lavareille dal Notajo Pelinean, e dal quale risulta, che Lavareille preferiva i suoi nipoti alle sue nipoti, e si credeva disobbligato verso di esse con le doti costituite. È difficile di trarre partito da un tale scritto, che non ha avuto per esso il *supremum defuncti judicium*, ed i primi giudici gli hanno dato un' importanza esagerata.

Nulladimeno bisogn' arrestarsi ad un' obiezione, che presenta la donazione fatta alla signora Corn Queyssac il 18 di febbraro 1844, ed è la clausola, per la quale questa donazione è fatta in anticipazione di successione e sulla futura successione del disponente. Si può dire, che, poichè la donazione è fatta in anticipazione di eredità, in anticipazione della successione *ab intestato* del disponente, non dev' essere considerata come l' esecuzione di un legato, d'una disposizione testamentaria.

Ma Lavareille ha ben compresa il significato di queste espressioni, che del resto non sono nelle altre donazioni?

A parlare propriamente l' anticipazione di eredità non s' intende, che di quello, che deriva da un ascendente (1), e queste parole non hanno senso nella bocca di uno zio, che può con una sola parola ed a proprio capriccio disporre della sua intiera successione a favore di un estraneo. Esse hanno un significato profondo, quando parla un ascendente, perchè egli è debitore della sua successione verso de' figli, e che può antinipare loro qualche cosa su quello, che loro deve. Ma forse uno zio è debitore della sua successione alle nipoti? Deve egli forse anticipare qualche cosa su quello, ch'egli non deve, su di una cosa, che una fantasia da parte sua può loro togliere per intiero? Epperò si rischierebbe di ingannarsi, prendendo alla lettera queste parole messe fuori luogo, ed è più probabile, che Lavareille ha potuto voler dire nel suo pensiero, che faceva l' anticipazione del legato, e che accelerava una liberalità, che senza di questo sarebbe stata pagabile soltanto all' apertura della sua eredità. Ma in ultimo una tale locuzione può mai infrangere l'accordo de'fatti, la conseguenza logica degli atti, il concatenamento delle presunzioni? Io non lo penso, e credo di dover applicare alla causa la legge 11, C., *De legatis*.

Vi è un'ultima considerazione.

Se Lavareille non avesse avuto il pensiero di fare un ultimo testamento, che sarebbe avvenuto nello stato del testamento del 1825? Che ogni donatario e legatario sarebbe stato obbligato di conferire; che sarebbe stato d'uopo di dividere in tre parti uguali a favore de' tre rami una fortuna, che nel suo disegno non avrebbe dovuto dividersi ugualmente tra questi tre rami, pe' quali non era uguale la sua affezione.

L' arresto fu renduto conformemente a questi motivi (2).

ARTICOLO 1037 — (992)

La rivocazione fatta in un testamento posteriore avrà tutto il suo effetto, quantunque questo nuovo atto resta senza esecuzione per l' incapacità dell' erede istituito o del legatario, o pel loro rifiuto di raccogliere (a).

SOMMARIO

2082. Nel caso, di cui è quistione, il testamento non è nullo.

2083. La disposizione di quest' articolo è presa in imprestito dal dritto romano.

2084. Assimilazione de' casi di premorienza e d'indegnità a' casi preveduti da quest' articolo.

(1) Dumoulin, *sopra, Parigi*, art. 24. Brillon. v° *Anticipazione di eredità*.

(2) Parigi, 29 aprile 1851 (Devill., 51, 2, 367)

(a) A quest' articolo corrisponde l'art. 992 delle Leg. civili, il quale ne riproduce la disposizione. *Il trad.*

Digitized by Google

COMENTARIO

2082. Si comprende esservi una gran differenza tra' casi prevedoti da quest' articolo e quello, nel quale il testamento è nullo (1). Qui si vede una voloo̊tà chiara di ritirare la liberalità, la quale volontà è circondata da tutte le forme probanti, mentre quaodo l' atto è nullo, oiente prova l' esistenza di questa volontà.

2083. Il principio contenuto nel nostro articolo è preso in impronto dalle leggi romane. La legge 20 del Digesto *De adim leg.*, e la legge 34 del D., *De legatis* 1 decidono formalmente, che la rivocazione del legato deve aver luogo quaodo anche il secondo legatario fosse incapace di raccogliere.

2084. Il Codice non parla qui del caso di premorienza del legatario, ma oon è dubbio, che la premorienza del legatario avrebbe la medesima conseguenza. La legge 78 D. *ad S. C. Trebellianum* (2) lo decideva espressameote, o la giurisprudenza l' ha giudicato nel medesimo senso (3).

Dev'essere lo stesso, se il legatario è incorso nella indegnità (4).

In questi diversi casi la volontà di rivocare il testamento oon è meno certa, che nel caso preveduto dal nostro articolo.

Articolo 1038 — (993)

Ogni alienazione, anche quella per mezzo di vendita col patto di ricompra, o per permuta, che farà il testatore di tutta o parte della cosa legata, importerà la rivocazione del legato per tutto ciò, chè stato alienato, ancorchè l' alienazione posteriore sia nulla, e che l'obietto sia rientrato nelle mani del testatore (a).

SOMMARIO

2085. L' alienazione della cosa, che forma obietto del legato, iodica sufficientemonta il cambiamento di volontà del testatore.
2086. Senso della parola alienazione.
2087. Effetto dell'alienazione nulla.
2088. Qualo sarà la sorte dal legato, sa la cosa legale diviene l' obietto d' una donazione, e se la donazione non è accettata.
2089. Arresto di cassazione noll'affare del testamento d' Ignazio Parleani.
2090. Se le donaziona fatta alla persone gratificata nal testamento contenessa assolutameote le medesima disposizioni, non vi sarabbe per questa rivocazione.
2091. A meaoché l' intenziono di rivocara non apparissa ben chiaramente.
2092. L'olienazioоa nolla sotto il rapporto dalla formalità esteriori non opara la rivocaziona.
2093. Il ritorno della cosa alienata nelle mani del disponente non fa rivivera il legato.
2094. L'art. 1038 non concerne il legato universalo.
2095. Quali alienazioni prodocono l' effetto di rivocare una disposizione testamentaria. — Esempi.
2096. Altro esempio tratto dall' interdiziono del testatore.
2097. Continuazione.
2098. Continuazione.
2099. Del carattere dell'alienazione rivocatoria.
2100. Caso, nel qualo ta presunziono di rivoeazione, risultante dall'alienazione,cessorebbo di aver effetto.
2101. L' affitto per motti anni, il pegno, l' ipoteca non sono cnosiderati oomo alienazioni rivocatorie.
2102. Altro caso di rivocazione tacita del legato.
2103. Vi è rivocazione, quando il testatore fa cessare il motivo, dal qualo ha fatto dipendere la sue liberalità.
2104. Ma occorre per questo, che il motivo, che il testatore fa cessare, sia la causa finalo dolla disposizione.
2105. Esempio cavato da Mantica.
2106. Della condizione apposta al legato, od adompita dallo stesso testatoro.
2107. Della rivocaziono de' testamenti per la rasatura, la laceraziono, o la rottura de' suggelli.
2108. Spett'agli eredi istituiti il provare, essere il testamento cancellato o lacerato *inconsulto*.
2109. Del resto le circostanze di fatto possono avere in questa materie molta importanza. — Esempio.
2110. *Quid* se il testamento cancellato è trovato presso di un terzo.
2111. *Quid*, quando il testamento è cancellato solamente in parto.
2112. *Quid*, se il testamento essendo fatto in due doppi, uoo di qoesti due doppi è stato cancelleto e rasato.
2113. Dol caso, in cui è provato, che per frode è stato impedito al testatore di consumare l' intiera rivocaziono del suo testamento.
2114. Il testatore può esigere dal notajo le restituziona del suo testamento per atto pubblico a fine di anientarlo?
2115. Circolare de' 25 di aprile 1809.
2116. La restituzione di un testamento mistico può essere voluta dal testatore.
2117. La laceraziono de' suggelli di un testamento mistico non opererá rivocazione, che in quanto il testamento racchiuso sotto l' involto non sarà olografo.
2118. Il dritto romano ammetteva di una maniera assoluta, che un secondo testamento rivocava il primo.
2119. La sopravvenienza di un figlio operava del pari la rivocazione.
2120. Era lo stesso dell' antichità del testamento.

(1) *Sopra*, n. 2050.
(2) Pothier, *Pand.* t. II, p. 433, n, 27.
(3) Bordeaux. 19 marzo 1833, (Devill., 33, 2, 414) Cassaz., rig 13 maggio 1834 (Devill., 34, 1, 321).
(4) Malleville, *Analisi ragion. del Codice* sull' art, 1037, t. II, p. 494. Grenier, n. 344. Delvincourt n. 10 sulla p. 101. Coin-Delisle, nota 1, sull'art. 1037.
(a) Corrisponde ed è uniforme a quest'articolo l' art. 993 delle Leggi civili. *Il trad.*

COMMENTARIO

2085. L'art. 1038 contiene un esempio rimarchevole della rivocazione tacita del legato; ed è quello, in cui il testatore aliena la cosa legata. Quest' alienazione è una pruova manifesta del cambiamento di volontà del testatore, ed il codice non ha fatto altro, che erigere in legge un principio formalmente consacrato dal dritto romano (1).

2086. Per alienazione la legge intende tutto quello, che fa uscire la cosa dalle mani del testatore sia a titolo gratuito, sia a titolo oneroso, come più tardi vedremo. Per esempio la donazione, la vendita, la permuta sono degli atti, che contengono alienazione di proprietà. E siccome possono essere accompagnate da certe modalità, che ne alterano gli effetti, ma che non ne cambiano l' essenza, nulla impedisce, che non si consideri come alienazione la donazione con patto di ritorno, la vendita col patto di ricompra, la permuta con la condizione, che l' esecuzione non avrà luogo, che in un certo tempo (2).

2087. Vi è dippiù; la presunzione del cambiamento di volontà risultante dall'alienazione, è talmente forte, che annulla il legato, quando anche quest' alienazione fosse nulla o inutile, come positivamente lo dice il nostro articolo secondo la legge precisata di Papiniano, e secondo tutti gli autori; « *Nec refert utrum alienatio voluntaria effectum abuerit, an ob legis proibitionem nulla sit* (3) ». Così l'ademzione del legato non potrebb' essere contrastata, anche quando la donazione fosse stata fatta ad un incapace. Nulla pel difetto di capacità del donatario, vale come pruova di rivocazione e di ademzione del legato.

2088. Ciò fa sorgere la quistione di sapere quale sarebbe la sorte del legato, se posteriormente al testamento il testatore avesse donato la cosa legata, e la donazione non fosse stat' accettata.

Questo quistione dev' essere esaminata sotto il punto di vista de' principi del dritto ed anche sotto il punto di vista dell' intenzione del donante, perocchè si complica con questi due elementi.

In dritto bisogna penetrarsi di una verità, ed è, che non è tanto l'alienazione, che rivoca il legato, quanto la volontà di alienare. Allorchè dono ad un incapace, non vi è alienazione; e nonpertanto il legato è rivocato per la ragione, che la mia volontà non concorre più con la liberalità, che aveva fatta, e che per lo contrario vi rinunzio, per quanto è in me.

Movendo da questa idea, diremo ! la donazione non accettata senza dubbio non è perfetta, ma però nel senso che non può obbligare il donante, e che quest'ultimo può rivocarla a suo grado. Sotto di un altro rapporto contiene una pruova manifesta del cambiamento di volontà, e può servire a provare, avere il donante rinunziato alle sue intenzioni benefiche pel legatario, ed aver voluto far volgere le sue liberalità a favore di un'altra persona; infine dimostra, che il legato non ha per lui *supremam defuncti voluntatem*, come dice Papiniano. Nè occorre altro per la rivocazione.

2089. Il che è stato giudicato dalla Corte di Cassazione il 25 di aprile 1825 nelle seguenti circostanze (4).

Ignazio Parleani fa un testamento pubblico il 30 di agosto 1809, e lega tutt' i suoi beni alla Comune di Pioggiola per lo stabilimento di una scuola primaria, che doveva essere diretta da un ecclesiastico.

Con questo testamento Parleani donava l'usufrutto di tutt' i suoi beni al maestro, che sarebbe designato, ed al quale imponeva l'obbligazione di servire di vicario al curato e di dare la notte l'ospitalità a' poveri viaggiatori, che venissero a reclamarla.

Diceva, che nel caso, in cui si trovassero tra' discendenti delle sue due nipoti de' soggetti capaci d'insegnare, e che ricevessero l'approvazione dell'autorità, il maestro in esercizio sarebbe obbligato di rassegnare le sue funzioni nelle loro mani, e di abbandonar loro il godimento de' suoi beni.

Il 16 di settembre 1812 Parleani rivocò questo testamento, e dispose nuovamente a favore del Comune con donazione tra vivi, anche per lo stabilimento di una scuola primaria ma le altre disposizioni furono così modificate: 1.° I discendenti ecclesiastici delle sue nipoti, che venivano chiamati solo secondariamente al godimento de' beni nel testamento, fossero immediatamente investiti dell'usufrutto e dell'amministrazione, se fra loro si trovasse un soggetto capace di dirigere la scuola; 2.° la scelta del Maestro apparteneva alla Municipalità, mentre pel testamento doveva essere divisa col curato, riconosciuta dal Vescovo, ed

(1) Paolo, l. 15, D., *De adim legat.*, Papiniano, l. 24, § 1, D., *eod. titulo*. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 430, n. 7. Voet, *Ad Pand.*, *De adim legat.*, n. 6. Mantica, *De conject. ult. vol.*, l. 12, t. VI, n.' 1 *e seg.*

(2) Testo dell'art. 1038, V. *Infra*, il n. 2099, ove si parlerà d' una modalità più grave, cioè d'una condizione sospensiva.

(3) Voet, *loc. cit.* Mantica, *loc. cit.*

(4) Devill., 8, 109. *Giornale del Palazzo*, 19, 480.

approvata dal Prefetto; 3.° infine il Maestro di scuola era discaricato dall'obbligazione di servire da Vicario e da quella di dare l'ospitalità a' poveri viaggiatori.

Con una clausola finale Parleani dichiarava di annullare ogni altra qualunque disposizione fatta prima di questa, volendo, che solo quest'ultima foss' eseguita secondo la sua forma e tenore.

Parleani morì senzachè il Comune facesse la sua accettazione, invece questo reclamò i beni in virtù del testamento.

La Corte di Corsica ammise questa pretensione, fondandosi su che la donazione ed il testamento essendo a favore della medesima persona, non si poteva supporre un cambiamento di volontà; che la donazione lungi dal rivocare il testamento, per lo contrario faceva vedere, avere il disponente persistito nell'intenzione di gratificare il comune; che se vi era qualche cambiamento nelle altre disposizioni del testamento, questo non concerneva le liberalità fatte al Comune, ma bensì quelle fatte al maestro di scuola.

In quanto alla clausola rivocatoria la Corte di Corsica diceva, ch'essendo generale, e non versando precisamente sul testamento, la si doveva riguardare come di stile e come impossibile di applicarsi a due disposizioni, che hanno nel fondo la medesima destinazione.

Quest'arresto fu deferito alla Corte di Cassazione, ed annullato il 25 di aprile 1825.

La corte di cassazione considerò, che la donazione rivocava doppiamente il testamento, 1° perchè conteneva alienazione di tutti i beni donati col testamento, il che è una rivocazione tacita, e che quantunque fosse fatto a favore della medesima persona, nondimeno le clausole e le condizioni erano differenti; 2. perchè indipendentemente da questa rivocazione tacita, essa conteneva una rivocazione espressa, della quale non si aveva potuto impedire l'effetto senza violare l'art. 1035 del codice Napoleone (1).

Questo arresto è fondato sui veri principî, e la corte di Corsica li aveva evidentemente sconosciuti sotto pretesto di una intenzione probabile, che non poteva sostenersi al cospetto della clausola rivocatoria, racchiusa nella donazione in termini così energici e precisi. Siffatta clausola rivestita di tutte le formalità costitutive di un atto pubblico, non poteva essere conculcata senza sconoscere la fede dovuta ai più solenni atti (2).

Pensiamo aver la corte suprema ristabilito il dritto ed il fatto, dai quali la corte di Corsica si era allontanato.

2090. Nulladimeno aggiungiamo, che se la alienazione, fatta per mezzo di donazione alla persona di già gratificata, contenesse assolutamente le medesime disposizioni, senza alcun cambiamento di condizioni o di clausole e senza clausola rivocatoria, la donazione non potrebbe essere considerata come una rivocazione del legato, ma sarebbe per lo contrario una espressa conferma del legato. Il che è stato pure deciso dalla corte di cassazione con arresto dei 6 di giugno 1814 (3): « attesochè, « dice questo arresto, la disposizione dell'ar« ticolo 1038, che dichiara il legato rivocato « dalla alienazione posteriore della cosa legata; « è evidentemente fondata sulla presunzione « legale di un cambiamento di volontà da parte « del testatore, ma che questa presunzione « cessa di pieno dritto, quando l'alienazione « è fatta a favore della stessa persona del le« gatario. »

Ma se si trattasse di una donazione fatta ad una persona diversa dal legatario, è evidente, come lo abbiamo dimostrato, che questa donazione, comunque nulla per mancanza di accettazione del donatario, sarebbe sufficiente per rivocare il legato.

2091. Nulladimeno non sarebbe impossibile che la intenzione ben dimostrata del donante facesse piegare le ragioni di dritto, sulle quali ci siamo poggiati sin al presente.

Supponiamo, che sia provato, che il testatore aveva inteso di subordinare la sua rivocazione all'accettazione del donatario; che per esempio si sia astenuto a disegno di mettere la donazione in contradizione con lui, riservandosi di esaminare più tardi, se le darebbe seguito in questo caso ed altri analoghi, ove sopratutto la clausola di rivocazione non fosse espressa, come lo era nella specie referita nel numero 2089, si potrebbe benissimo decidere, senza mettersi in contraddizione coi principî di dritto, che una tale donazione è un atto incompleto, e che non ha la virtù di rivocare il testamento. In tal modo si può forse spiegare un arresto della Corte di Parigi degli 11 di dicembre 1847 (4), che ha destato la critica de' decionisti a credere, che le osservazioni di quest'ultimi non hanno tenuto sufficiente conto delle circostanze di fatto, che hanno potuto influire nell'arresto della Corte di appello.

2092. Malgrado la generalità de'termini, di cui si serve il nostro articolo, non si dovrebbe avere riguardo all'alienazione nel caso, in cui fosse infetta, non già di un difetto di capacità o di una nullità relativa a delle solennità estrinseche, ma di una nullità risguardante

(1) La dottrina di quest'arresto fu seguita dalla corte di Lione, alla quale la causa fu rinviata. Lione, 7 feb. 1827 (Devill., 8, 2, 328).

(2) *Sopra*, n.i 2046, *e seg.*
(3) Devill., 4, 1, 577.
(4) Devill., 1848, 2, 337.

la forma esteriore Per esempio se la donazione fosse nulla per difetto di forma, non annullerebbe un legato contenuto in un precedente testamento; dapoichè uo tal atto non essendo rivestito delle forme probanti, non potrebbe produrre verun effetto, e dovrebb'essere considerato come non avvenuto (1). Se dunque la rivocazione fosse espressamente contenuta in un atto notariale nullo sotto il rapporto delle solennità esteriori, essa non potrebbe operare (2). Con più forte ragione sarebbe insufficiente, se risultasse tacitamente da un atto, che non ha le condizioni necessarie della sua esistenza.

2093. Il nostro articolo dichiara formalmente secondo una giurisprudenza, che non e stata contradetta in verun tempo che il ritorno della cosa alienata nella proprietà del disponente non fa rivivere il legato, sia che questo ritorno si effettuisca per mezzo di ricompra, sia che avvenga di un'altra maniera (3). Ed in effetti la disposizione essendo stat'annullata una volta dalla volontà anness' all' alienazione, non può ricuperare la sua esistenza, che per effetto di una nuova dichiarazione di volontà, rivestita delle solennità richieste dalla legge. Voet sviluppa questo principio con l'aggiustatezza, che lo distingue (4).

2094. L'art. 1038 non è applicabile, che ai legati di un corpo certo o di oggetti determinati, definiti, e limitati. Non concerne il legato universale, che comprende tutto quello, che il testatore lascerà alla sua morte, nè il legato a titolo universale, che comprende una quota dell' universalità de' beni Così se Tizio dopo di avere istituito Cajo suo legatario universale, vende tutt' i suoi beni. non si può dire, che il legato universale sia rivocato, quando pure la vendita non lasciasse nulla nella successione, perocchè il legato potrebbe divenire utile in proseguo, se venissero a ricadere de'beni nell'eredità del defunto (5). Tale soluzione è sopratutto applicabile, quando il legato e la vendita sono stati fatti alla stessa persona (6).

2095. Esaminiamo ora, quali atti costituiscono un'alienazione nel senso della legge, a quali alienazioni producono l'effetto di rivocare una disposizione testamentaria.

Secondo il dritto romano ogni alienazione non era una pruova di avere voluto il testatore rivocare la sua liberalità, ma siffatto effetto si attribuiva unicamente alle alienazioni volontarie « *Quando alienatio facta est ex libera « voluntate.* » Ma se l'alienazione era fatta *ex necessitate*, il legato non si presumeva rivocato, che nel caso, in cui l'erede provava, avere voluto il testatore cambiare di volontà. Se questa pruova non era fatta, si presumeva, non esservi cambiamento, e l' erede era obbligato di ricomprare la cosa o di darne il prezzo (7).

Gl' interpreti avevano stabilito come regola generale, che nel dubbio l'alienazione a titolo oneroso si presumeva fatta *ex necessitate* (8). Così, siccome la permuta era un contratto di alienazione a titolo oneroso, eglino decidevano, che non operava cambiamento di volontà, a menochè l' erede non avesse fornita la pruova (sempre difficilissima e sovente quasi impossibile), che il testatore aveva rinunziato alla sua prima disposizione.

Si può dire con confidenza, che il Codice Napoleone ha rigettato queste congetture sottili, sorgente inesauribile di liti e di controversie. Ogni alienazione sia a titolo oneroso, sia a titolo gratuito, deve dunque essere considerata come producente la rivocazione del legato senza distinzione del caso, in cui è stata fatta con o senza necessità. Il che nettamente esprime il Tribuno Jaubert nel suo rapporto al Tribunato (9).

Epperò il legato non sarà meno rivocato, quantunque la vendita dell'obietto legato abbia avuto luogo per effetto del bisogno, in cui si trovava il testatore di vendere il suo bene per pagare i suoi debiti; egli non ha potuto persistere in una volontà liberale, della quale ha egli stesso conosciuto essere impossibile realizzare gli effetti.

In quanto alla vendita subita dal disponente per causa di utilità pubblica o di pegnoramento, è evidente, che se non importa la rivocazione del legato per cambiamento di volontà, l'importa per l' inesistenza della cosa (10). Sarebbe lo stesso dell' alienazione fatta a favore di un condividente dell'oggetto, del quale il testatore aveva legata la porzione indivi-

(1) V. *contra*, Aubry e Rau *su Zachariae*, t. V, p. 725, nota 20. Devill., in nota 48, 2, 337.
(2) *Sopra*, n. 2050, art. 1035.
(3) Mantica, *loc. cit.*, n. 6.
(4) *Loc. cit.*, n. 6.
(5) Cassaz., 17 maggio 1824 (Devill., 7, 1, 480. (*Giornale del Palazzo*., 1824, t. III, p. 49). Cassaz., 15 febbraio 1827 (Devill., 8, 1, 528. *Giornale del Palazzo* 1828, t. I, p. 319) Cassaz., 15 novembre 1841, (Devill., 42, 1, 179) Cassaz., ricorsi, 1° dicembre 1831 (Devill., 37, 1, 25). Colmar, 7 agosto 1834, (Devill., 1835, 2, 223). Montpellier, 20 aprile 1842 (Devill., 42, 2, 34).
(6) Cassaz., 7 maggio 1808 (Devill., 2, 1, 527. *G. del Palazzo*, 1808, t. 2, p. 321). Liegi 19 novembre 1811, (Devill., 5, 2, 619). Toullier t. V, n. 659.
(7) Ulpiano, l. 11, § 12, D., *De leg.*, 5ª. Modestino, l. 18, D., *De adim. legat.* Pothier, *Pand*, t. II, p. 431, n. 8. Mantica, *loc. cit.*, n.i 12 e 13. Voet, *loc. cit.*, n. 6.
(8) Mantica, *loc. cit.*
(9) Fenet, t. XII, p. 611. Locré, t. XI, p. 475.
(10) Toullier, t. V. n 650. Delvincourt, nota 7, sulla pag. 101, t. II, Coin-Delisle, n. 3, sull'art. 1038.

Digitized by Google

sa (1); in simili casi il legato mancherebbe di obietto, e l'erede non sarebbe tenuto a verun titolo d'indennizzare il legatario (a).

2096. Potrebbe credersi a primo colpo di occhio, che bisogna emettere una simile decisione, quando si tratta d' un' alienazione fatta dal tutore di un interdetto, che per misura di amministrazione ha venduto la cosa legata da quest'interdetto in un testamento, anteriore alla sua interdizione. Ma guardandovi da vicino, si scorge, esservi qualche varietà, della quale bisogna tener conto, e che guida in certi casi a do' risultamenti differenti.

Suppooiamo, che Pietro abbia fatto un testamento, che lega un corpo certo o un immobile a Tizio. Pietro è più tardi interdetto, e gli è dato un tutore; quest' ultimo con l' autorizzazione del consiglio di famiglia aliena l'immobile per delle plausibili ragioni di buona gestione.

Pietro muore.

Nella sua successione si trova in luogo dell'immobile i valori mobiliari, che lo rappresentano. Il legato dell' immobile è forse rivocato?

No; non ha alienato il testatore, ma il suo tutore, il quale ha proceduto all' alienazione per un atto di buona amministrazione; e quest'atto non deve snaturare la disposizione (2). La volontà del testatore non potrebbe spiegarsi mercè gli atti di una persona estranea (3).

Si dirà forse, essere il legato caduco? (4) Sarebbe un andare troppo lontano, perciocchè delle misure di amministrazione non potrebbero produrre un effetto così grave; esse non colpiscono il fondo, e sarebbe un alterare il loro carattere lo andare sino a trarne una causa di caducità.

Non potrebbe esservi caducità, se non quando l' alienazione avesse avuto per causa l' obbligazione di pagare i debiti del testatore, o di procurare degli alimenti a lui o ai suoi: questo caso sarebbe analogo a quello di perdita, preveduto dall' articolo 1042 del codice Napoleone (b).

2097. Ma il legatario potrebbe fare opposizione alle misure di amministrazione o di alienazione, di cui abbiamo parlato? La corte di Angers ha deciso con ragione l'affermativa con arresto dei 29 di marzo 1838 (5). In verità il testamento non produce effetti prima della morte, ma quando il testatore è interdetto, non potrebbe essere vietato di prendere le misure necessarie, onde la sua volontà non sia snaturata.

2098. Del resto questo caso non è il solo, in cui la gestione del tutore dell' interdetto può avere un' influenza sull' effetto del testamento fatto prima dell' interdizione (6). Si può stabilire quest' altro caso: un testatore ha fatto un legato del mobiliare, valori di portafoglio, rendite sullo stato ecc. ecc. a Pietro. Questo testatore ha una fortuna considerevole. Vengono fatte sulla rendita delle economie annuali; come verranno impiegate? lo rendita? Il tutore rende più ricco il legatario del mobiliare. In immobili? Lo rende più povero. Tutto allora dipende dalle necessità di una buona e saggia amministrazione (7), e quello, che il tutore ha fatto in questo scopo, deve essere rispettato.

Ma supponiamo, che il tutore sia egli stesso legatario degl' immobili, e che abbia una cognizione diretta o indiretta del testamento; bisogna vedere se ha agito di buona fede e secondo il meglio degl' interessi, che gli sono confidati. E se apparisce, che per una di quelle frodi, che le consuetudini francesi suppoeevano facilmente (8), egli ha voluto provvedere piuttosto all' interesse proprio, che a quello dell' interdetto, non si dovrebbe esitare a negare ogni forza all'atto, da lui emanato, ancho quando l' avesse coperto con una approvazione del consiglio di famiglia. Delle due cose l'una; o il consiglio è rimasto ingannato dal tutore, ed in tal caso la sua approvazione essendo l'effetto della sorpresa, non potrebbe avere autorità; ovvero si è egli associato al pensiero di interesse personale del tutore, ed in questo se-

(1) Poitiers 16 luglio 1824, e sul ricorso, Cassaz. *rig.*, 28 febbraio 1826 (Devill., 7, 1, 288). V. *sopra*, n. 1952, la citazione di questo arresto.

(a) Se il pegnoramento della cosa legata fosse avvenuta dopo la morte del testatore, il legato non sarebbe stato caducato. Avvenuto prima, fa mancare, egli è vero, la cosa legata, ma sgrava la successione di un debito, di cui era onerata. Nulladimeno si può dire, che non avendo il testatore rimpiazzato con una nuova disposizione il legato caducato, ha voluto, che non avesse più effetto. Però si scorge, essere ancho questa una quistione di volontà. *Il trad.*

(2) Così arrogava il sig. Senart (causa di Tilliers) innanzi la 1.ª Camera della corte di Parigi il 18 novembre, 9 dicembre, e 19 dicembre 1851 (*Gazzetta de' Tribunali* 20 dicembre 1851).

(3) Sentenza del tribunale della Senna de' 2 aprile 1850 (causa di Tilliers).

(4) Un arresto di Angers sembrerebbe crederlo, 29 marzo 1838 (Devill., 38, 2, 260).

(b) Leggi civili art. 997. *Il trad.*

(5) Devill., 38, 2, 260.

(6) Art. 901.

(7) Causa di Tilliers precitata.

(8) L'art. 351 della *Consuetudine di Orléans* voleva, che il denaro proveniente dal riscatto delle rendite appartenenti a' minori, fossero considerate, pendente la minorità, della stessa natura e qualità immobiliare, com' erano le rendite così ricomprate, per ritornare al parente del lato o della linea, d' onde le medesime rendite procedevano. Il motivo di questa disposizione era di ovviare alle frodi de' tutori, che contra l' interesse de loro minori, e nella veduta di avere miglior parte nella loro successione, se venissero a morire, procurassero la ricompra delle rendite de' loro minori, propri di una famiglia diversa dalla loro. (Pothier *su Orléans*, 351).

condo caso la sua deliberazione varrebbe anche meno.

2099. Ma ritorniamo al carattere, che l'alienazione deve avere per essere rivocatoria, e diciamo una parola delle vendite fatte con una condizione.

La presunzione legale di rivocazione, che risulta dalla alienazione, non ha un valore veramente decisivo, se non quando l'alienazione non è subordinata ad una condizione sospensiva. Ed in effetti si sa qual è la potenza della condizione sospensiva; essa mantiene la disposizione in sospeso, sinchè non è realizzata; ed il suo compimento è indispensabile, perchè questa disposizione prenda il suo carattere diffinitivo. Da che siegue, che se la condizione non si adempie, l'alienazione non ha avuto mai luogo nè in dritto nè in fatto neppure sotto la considerazione della volontà del testatore, che non è mai stata una volontà attuale e completa di alienare. D'altronde non si comprende come essa potrebbe rivocare il testamento (1): il che è stato giudicato dalla corte di Caen con arresto dei 25 di novembre 1847 (2). Del resto è inutile di dire, che la cosa sarebbe diversa, se la condizione fosse risolutiva; perciocchè una tale condizione non impedisce, che l'alienazione sia stata consumata, e risulta da quest'alienazione una incompatibilità con la disposizione testamentaria.

2100. Siccome l'alienazione della cosa legata non è, che una presunzione tendente a provare la rivocazione del legato, essa cessa di avere quest'effetto, quando vi sono delle circostanze risultanti dalla stessa disposizione, che sono esclusive di ogn'idea di rivocazione. Se per esempio il testatore ha legato la sua vigna o l'estimo di questa vigna, non si potrà dire, che la donazione o la vendita della vigna rivoca il legato. Resterà sempre il legato dell'estimo, che l'alienazione non impedirà di esistere (3).

2101. Infine per terminare quello, che ci resta da dire sul subietto della rivocazione prodotta dall'alienazione, aggiungiamo, che gli atti, che non contengono, che un'alienazione impropria, non possono importare rivocazione, il perchè l'affitto per molti anni, il pegno, l'ipoteca non vengono considerati come contenenti l'annullamento di una disposizione testamentaria (4).

2102. L'alienazione non è il solo modo di rivocare tacitamente un legato. Nel parlare di questo modo particolarmente, il codice non ha fatto, che proporre, giusta l'espressione del sig. Joubert (5), un caso importante, in cui la rivocazione ha luogo tacitamente. Ma la legge non esclude gli altri casi, ne' quali la pruova del cambiamento di volontà può essere raccolta da fatti positivi ed irrecusabili.

In verità un arresto di cassazione de' 5 di maggio 1824 (6) ha giudicato, la rivocazione di un testamento non potersi indurre nè da presunzioni, nè da congetture, comunque gravi esse fossero. Ma quest'arresto giustissimo nella ipotesi, nella qual'è stato renduto, non deve essere adottato, che con precauzione pe' casi, che si allontanano dalla sua specie.

La Corte di Cassazione riconosce essa stessa nell'arresto, di cui si tratta, ch'oltre la rivocazione espressa e quella, che risulta dall'incompatibilità di due testamenti, vi sono pure altri mezzi da rivocare un testamento, cioè la rasatura, la lacerazione dell'atto, di cui da qui a poco ci occuperemo (7). Ess'avrebbe potuto aggiungere, oltre l'alienazione della cosa legata, la trasformazione in un oggetto, che non ha nè lo stesso nome nè la stessa forma, il che vedremo più tardi (8). Ora è chiaro, che sono queste delle pruove di cambiamento di volontà, risultante da fatti positivi e da presunzioni così gravi che possibili. Epperò non bisogna chiudere il campo delle presunzioni, ma bisogna solamente circoscriverlo. Si rigetterà le congetture e le presunzioni, che i giureconsulti chiamano presunzioni dell' uomo (*quae pendant ex diversis motibus*), e che sovente deviano la mente invece di dirigerla. Ma si prenderà in serio esame le presunzioni, che discendono logicamente, irresistibilmente, da un atto, da un fatto, e che sono come una verità legale e giuridica, dichiarata per virtù della ragione (9).

2103. Ciò stabilito, entriamo nel dettaglio delle cause di rivocazione tacita, alle quali non si potrebbe rifiutare un' autorità decisiva.

E dapprima ne troviamo una considerevolissima e gravissima nella circostanza, che il testatore ha fatto cessare il motivo, dal quale aveva fatto dipendere il legato.

« *Consequenter sciendum est*, dice Mantica (10), *quod adempto onere injuncto in vim*

(1) Toullier, t. V, n. 633. Dalloz, *Disposiz. tra vivi e testamento* cap. 9, sez. 1, art 2, n. 21. Vazeille sull' art. 1038, n. 7. Poujol, sull' art. 1038, n. 7. *Contra*, Delvincourt, nota 8, sulla p. 101. Coin-Delisle, nota 4, sull' art. 1038. Duranton, t. IX, n. 450. (Quest' autore aggiunge tuttavia, che la soluzione può dipendere dalle circostanze).

(2) Devill., 48, 2, 339.

(3) Mantica, *De conject. ult. vol.*, l. 12, t, VI, n, 16, secondo Baldo, Giasone, Paolo di Castro.

(4) Mantica, *loc. cit.*, n. 24. Voët, *loc. cit.*, n. 6. *Sopra*. n.i 1942 e seg., art. 1020.

(5) Fenet, t. XII, p. 611. Locré, t. XI, p. 474.

(6) Dalloz, 1824, 1, 185. Devill., 7, 1, 452. *G. del Palazzo*, 1824, 8, p. 673. *Infra*, n. 2112.

(7) *Infra*, n. 2107.

(8) *Infra*, sull'art. 1042, n. 2138 e seg.

(9) Mantica, *De conject. ult. vol.* l. 1. t. 11, n. 1, e 5.

(10) *Loc. cit.*

« *modi*, *legatum quoque ademptum intelli-
« gitur* ».

Un testatore aveva disposto, che i suoi eredi, se venisse a morire nella Provincia, darebbero a Lucio Tizio una somma di 60 franchi, affinchè questo individuo s' incaricasse della cura di condurre i suoi resti in Roma sua patria; aveva soggiunto, che quanto sopravanzerebbe da questa somma, apparterrebbe a Lucio Tizio a titolo di legato. Lo stesso giorno il testatore fece un codicillo, e l' incaricò i suoi eredi nel caso, in cui morisse sia in provincia sia per istrada, di fare condurre il suo corpo nella Campania e di sepellirlo nella tomba de' suoi figli. Si dimandò, se questa seconda disposizione non rivocava il legato fatto a Lucio Tizio, e Scevola riferisce, essere stato deciso affermativamente su questa quistione, per la ragione, che il testatore aveva discaricato Tizio della cura di fare trasportare i suoi resti in Roma, e che quest'incarico era stato la causa del legato (1). Del pari, dice Pothier (2), il legato fatto a colui, ch'è nominato esecutore testamentario in un testamento in ricompensa delle cure, che dovrà avere, sarà rivocato, se il testatore nominasse un altr' esecutore testamentario con un secondo testamento.

2104. Ma bisogna ben osservare, che il legato non si presume rivocato nel caso, di cui parliamo, che quando il modo, il peso, o la causa, che il testatore fa cessare, sono la causa finale della disposizione. È questa una distinzione, che tutti gli autori fanno in generale (3). Ed in effetti quando la causa è finale, il legato non è che l' accessorio, il peso è il principale. Nell' esempio preso dell' esecutore testamentario, l'obietto principale, che in prim' ordine ha diretto il testatore, è stato d'incaricare un amico di vegliare all'esecuzione delle sue disposizioni testamentarie; l' obietto secondario è stato di testimoniargli la sua riconoscenza per mezzo di una liberalità. Epperò se manca il principale, l' accessorio mancherà ancora.

Se al contrario la causa del legato non fosse finale, e fosse soltanto impulsiva, siccome la causa impulsiva non è essenzialmente connessa al legato (*legato non cohaeret*), e che n'è stata semplicemente un motivo accessorio, la cessazione di questa causa non potrebbe operare la rivocazione del legato.

Cajo vi dà un fondo estimato 10, 000 franchi col peso, che pagherete a Tizio una somma di 100 franchi, che gli deve. Prima di morire Cajo paga egli stesso questo debito. La cessazione del peso farà forse cessare il legato? Affatto, dappoichè è chiarissimo, che quando Cajo vi ha donato 10, 000 franchi, non era mosso dal motivo unico, principale, che pagaste i 100 franchi al suo debitore. E vi è una così grande sproporzione tra il legato ed il peso, che si può trarre la pruova inattaccabile, che se il testatore vi ha gratificato, è per un motivo di pura liberalità, indipendente dalla soddisfazione del suo piccolo debito.

2105. Mantica dice, che la specie seguente fu molto controversa nella rota romana (4).

Un legato di 1,000 era stato fatto a qualcuno con peso di costruire una cappella, e di mettervi lo stemma della testatrice, e del suo defunto marito. Con un codicillo la testatrice aveva in tutto surrogato un altro individuo al suo primo legatario. Ma prima di morire aveva fatto costruire essa stessa la cappella, che aveva mostrato desiderio, si edificasse dopo della sua morte, e vi aveva fatto apporre lo stemma summentovato. In questo stato di cose si dimandava, se il legato fosse dovuto, ovvero se fosse stato abrogato. La difficoltà derivava dalla quistione, se il modo aggiunto alla disposizione n'era oppur no la causa finale. Mantica assicura, essere state le opinioni divise, e non fa conoscere la decisione intervenuta. Il nostro avviso sarebbe (*salva veritate*, come Bartolo dice ne'casi difficili) che il legato fosse rivocato, e che l'obbligazione di costruire una cappella era la causa finale del legato.

Ed in effetti non vediamo in una simile disposizione veruna manifesta intenzione di gratificare il legatario; l'emolumento del legato si trova talmente proporzionato al peso, che sembra certo, essere stato fatto l'uno per l' altro. L'erezione della cappella ha dovuto essere l'obietto principale; il dono di 1,000 è semplicemente il mezzo da pervenirvi. Il perchè si avrebbe ragione di applicare in senso inverso questa regola data da Mantica (5). « Ex hoc « eleganter deducitur, quod si modus non « absorbeat totum fere legatum, adempto mo- « do, non intelligitur ademptum legatum, quia « non censetur esse causa finalis.... » Dunque quando il peso assorbisce il profitto del legato, la rivocazione del peso rivoca il legato, perchè si deve considerare questo peso come la causa finale della disposizione.

Del resto, come altrove abbiamo detto (6), nel dubbio la causa vien riputata impulsiva.

2106. Quanto a quel, che concerne la con-

(1) Scevola, l. 30, § 2. D., *De adim legat.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 431, n. 12. Pothier, *Donat. testam.*, cap. 6. sez. 2, § 2, *Supra*, n. 389 e 2018.
(2) Pothier, *Donat. testam.*, *loc. cit.*
(3) Baldo, sull' autentica. *Ingressi*, n. 15. Mantica, *loc. cit.*, n. 29. Toullier, t. V, n 651 Merlin, Repert., v. *Rivocazione di Legato*. § 2, n. 6, p. 140. ed ancora v. *Legato*, sez. 3, § 1, n. 15. Vazeille sull'art 1036.
(4) Mantica, *De conject. ult. vol.*, l. 12, t. II, n. 27
(5) *Loc. cit.*, n. 30.
(6) *Supra*, n. 385, art 900.

dizione, la cancellazione di questo genere di modalità fatta dal testatore non fa altro, se non rendere pura e semplice la disposizione da condizionale, ch'era (1). Lego a Sempronio 2,000 franchi, se paga a Cajo 1 500 franchi, che gli debbo; posteriormente gli vieto di pagare questa somma. Il legato diverrà puro e semplice (2).

Ma se il testatore adempie egli stesso la condizione, che cosa si dovrà decidere? Questa è ben altra cosa. Papiniano (3) insegna, che il legato è rivocato, o per parlare più esattamente che la condizione è mancata, e che conseguentemente cade la disposizione. Un testatore aveva legato la libertà al suo schiavo, se pagava i debiti, da lui contratti verso di Tizio. Prima di morire, ma dopo la confezione del testamento il testatore soddisfece il suo debitore. Quistione di sapere, se lo schiavo poteva pretendere la libertà, e fu deciso di no, e che luogi dal considerare la condizione *per adempita*, bisognava considerarla come mancata(4).

La ragione di questa differenza tra questo secondo caso ed il primo si spiega così: quando il testatore si limita a dichiarare, non volere, che la condizione sia adempita, è chiaro di avere voluto, che la disposizione si adempisse puramente e semplicemente, perocchè da una parte parlando della condizione per obbrogarla, dall'altra tacendosi sulla disposizione, ha inteso di lasciare alla disposizione tutta la sua forza. Ma quando con un atto formale soddisfa egli stesso alla condizione, e che con ciò la fa mancare, ruina in pari tempo la disposizione, della qual'era la causa finale.

Si comprende facilmente, ch'altra cosa è il non volere, che una condizione si adempia, altra cosa adempirla egli stesso. Nel primo caso vi è rinunzia alla condizione, e la disposizione diviene per conseguenza pura e semplice. Nel secondo caso non vi è rinunzia alla condizione; che anzi il disponente ha mostrato di farne tal conto, che si è affrettato di adempirla egli stesso (5).

2107. Giungiam'ora ad un altro caso di rivocazione de'testamenti, ed è la rivocazione, che avviene per mezzo del'a rasatura, la lacerazione, la rottura de'suggelli, e della quale un instante addietro facevamo menzione (6). Il Codice non ne ha parlato, ma il suo silenzio non ci deve impedire di gettare un colpo d'occhio su questo nuovo mezzo, al quale può avere ricorso il testatore per distruggere l'opera sua.

Una regola generale, data da'Romani, e che appartiene a tutt'i tempi ed a tutti i luoghi, è che la lacerazione o la cancellazione di un testamento l'annulla e lo rivoca, quando questi atti di distruzione sono stati fatti seriamente *(consulto)* dal testatore o di suo ordine (7).

Diciamo, che il testatore deve agire *consulto*; dapoichè se fosse provato aver egli rotto, cancellato, o lacerato l'atto per errore o in un momento di follia (8), o che un terzo ha rotto, cancellato, o lacerato l'atto da sè e senza l'ordine del disponente, l'atto conserverebbe tutta la sua forza (9), purchè però si potesse esibirlo per fare pruova del suo contenuto.

Ma bisogna osservare, che quando si rinvenisce un testamento rotto, cancellato, o lacerato, e questo testamento è trovato nella casa del testatore (*si reperitur testamentum apud testatorem*), la presunzione è, che il testatore ha rotto cancellato, o lacerato egli stesso la carta, e ch'è cambiato di volontà. Tal'è la regola, che dà Mantica secondo Baldo, Imola e Paolo di Castro (10) e questo è anche quello, che insegnano Voet (11); Furgole (12) Illigero su Doneau (13). La ragione indica d'altronde sufficientemente, che questi autori dicono il vero.

2108. Spetta dunque agli eredi istituiti il provare, essere stato il testamento cancellato, lacerato, rotto *inconsulto;* ma questa pruova è difficilissima (14).

Aggiungiamo, che se il testamento fosse stato intieramente distrutto, anche quando gli eredi provassero, essere questa distruzione avvenuta per forza maggiore (per esempio per un incendio), non sarebbero ammessi a provare per mezzo della pruova testimoniale quali erano le disposizioni contenute nel testamento a loro favore, imperocchè non si può rifare dopo la morte del testatore un testamento, che egli ha lasciato perire, e che non ha rifatto in sua vita.

2109. Del resto siccome tutto riposa su delle presunzioni indicate dalla ragione, e che queste quistioni sono così di fatto, che di diritto, si dev'esaminare con molt'attenzione tutto ciò, che può rischiarare sulle vere intenzioni del testatore (15).

(1) Bartolo sulla legge *Si quis servum*, D., *De cond. et demonst.*, n. 1, Mantico, *loc. cit.*, n. 32.
(2) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 462, n. 69.
(3) L. 72, § 7, D., *De cond. et demonst.*
(4) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 453, n. 24. Voët, *Ad Pand.*, *De cond. instit.*, n. 18.
(5) *Sopra*, n. 2075, art. 1036; n. 2104, art. 1038.
(6) *Sopra*, n. 2102.
(7) Ulpiano, l. 1, § 1, D., *De his quae in test. delentur*. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 193, n. 1. Mantico, *loc. cit.*, l. 12, t. 1, n. 27, Voet, *ad Pand.*, l. 28, t. IV, n. 1. Doneau, *Comm.*, l. 6, *cap.* 16, n. 4. Furgole, *loc. cit.*, cap. 11, n. 78, Toullier, t. V, n. 657,
(8) Scevola, l. *ultim.*, D., *De injusto test.*
(9) V. Mantica, Voet, Doneau e gli autori precit.
(10) Mantica, *loc. cit.*, n. 30.
(11) *Loc. cit.*, n. 80.
(12) Loc. cit., n. 4.
(13) *Comm.*, l. 6, cap. 16, nota 4.
(14) Toullier, t. V, n. 666.
(15) Cassaz. rig., 21 febb. 1837 (Devill., 37, 1, 432). Quest'arresto è renduto in una specie, nella quale la

Supponiamo per esempio, che si trovi tra le carte del disponente un testamento olografo, e che la carta, che conteneva la data ed il millesimo, fosse stato visibilmente alterata dai topi; cesserebbe la presunzione del cambiamento di volontà (1).

Intanto se la data o la sottoscrizione fosse intieramente scomparsa, di tal modo da non poterne ritrovare la traccia, sarebbe ben difficile di vedere altra cosa, che una volontà incompleta, in un atto, che si producesse in questo stato informe. Nè mancherebbero neppure delle buone ragioni per supporre, non avere il testatore annessa veruna seria importanza ad un atto, che ha tanto obliato o negletto.

2110. Se il testamento invece di essere trovato presso del testatore, è trovato presso di un terzo, nelle cui mani era depositato, Illigero pensa per argomento dalla l. 44, *D.*, *De fals.*, doversi supporre, che la cancellazione è il fatto di colui presso del quale il testamento si trova (2). Ma questa presunzione può essere spesso combattuta da molte presunzioni contrarie, e bisognerà determinarsi per ragioni ricavate dal carattere del depositario, delle sue relazioni col deponente, da' suoi sentimenti per gli eredi, e da molte altre circostanze, che la causa può offrire.

2111. Gli autori insegnano, che se tutto il testamento non è radiato, ma che lo sono soltanto talune parti del testamento, l'atto non è rivocato per lo intiero, e che vi è rivocazione unicamente per la parte radiata: .... *Quod si pars tantum testamenti deleta apparet, valet quod remanet* (3).

Questo è vero in generale.

Ma se la rasatura versava su di un'enunciazione prescritt' a pena di nullità per la validità del testamento, il testamento sarebbe nullo per lo intiero. Così supponiamo, che il testatore avendo fatto il suo testamento olografo, cassa scientemente la data o la sottoscrizione, il testamento sarebbe nullo, perchè ogni testamento olografo deve contenere a pena di nullità la data e la sottoscrizione del testatore.

2112. Quando un individuo ha fatto un testamento olografo in due doppi perfettamente simili, e che in seguito ha annullato uno di questi doppi, cancellandolo o rasandolo, la soppressione di uno de' doppi non importa necessariamente l'annullamento dell'altro. Bisognerebbe per questo, che venisse provato in un modo formale e legale, che il testatore ha voluto morire intestato, altrimenti rimane un atto probante, completo, valido, e gli si deve dare esecuzione.

Anche indarno s'invocherebbero delle presunzioni per provare, che la cancellazione di uno de' doppi importa per via di conseguenza la rivocazione dell'altro doppio rimasto intatto. Delle semplici presunzioni sono insufficienti per rovesciare l'autorità di un atto, rivestito di tutte le solennità, che lo rendono valido (4).

Con maggiore ragione si dovrà escludere la offerta di una pruova testimoniale, tendente a dimostrare, avere voluto il testatore morire *intestato*. Egli è vero, che in Roma si ammettevano gli eredi legittimi a provare, tal'essere stata la intenzione del disponente (5). E tal'era pure l'antica giurisprudenza a relazione del sig. Merlin (6), ma è inammessibile al dì d'oggi, checchè ne dica il sig. Toullier (7).

Ed in effetti se non si possono ammettere le presunzioni morali per decidere della rivocazione di un testamento, come or'ora abbiamo veduto (8), ne siegue, non potersi ammettere la pruova testimoniale per giustificare, essere stato il testatore nell'intenzione di rivocarlo (9).

2113. Nulladimeno vi è una eccezione a queste idee, ed è quando al testatore si è impedito per frode di consumare la totale rivocazione del suo testamento, e che si è sottratto dalla sua azione il doppio, che restava da cancellarsi. In simile caso la pruova testimoniale è ammessibile, e la parte interessata può essere ammessa a giustificare per questo mezzo o per ogni altro equipollente, essere la ferma volontà del testatore quella di rivocare le sue disposizioni testamentarie.

Con testamento olografo de' 20 di luglio 1825, redatto in triplo originale, la signora di Roonay aveva istituito per sua legataria universale Anna Guimond moglie Gerard. In morte della testatrice avvenuta il 12 di Agosto 1833 due esemplari di questo testamento furono trovati nel domicilio della sig. di Roonay rasati e cancellati. Il terzo esemplare era in possesso dell'Abbate Guimond, confessore della testatrice, fratello della legataria universale. Questa dimandò l'esecuzione del testamento. Gli eredi legittimi vi si opposero, sostenendo, che la sig. de Roonay aveva inteso di annul-

corte di Angers aveva dichiarato, che due tratti di penna fortemente marcati, che si estendevano obliquemente e senza interruzione dall'alto in basso del corpo della scrittura di un testamento olografo, emanavano dal testatore ed avevano per obbietto di rivocare questo testamento.

(1) Merlin, Repert., v° *Testamento*, sez. 2, §. 1, n. 6, cita su questo appunto un arresto della gran camera (perlamento di Perigi), de' 6 di giugno 1764.

(2) *Su Doneau.*, l. 6, cap. 10, nota 1.

(3) Voët, *loc. cit.*, n. 3.

(4) Cassaz., 5 maggio 1824 (Dalloz, 24, 1, 185) V. *sopra*, n. 2102.

(5) Papiniano, l. 4, D., *De his quae in test. delent.*

(6) Repert., v° *Rivoc. di testamento*, § 4.

(7) T. V, n. 664.

(8) N. 2102.

(9) Argom. dall' art. 1353 del Cod. Nap.

lare il suo testamento e conseguentemente di rivocarlo.

È vero, che due soli esemplari erano distrutti, ma gli eredi provavano nella discussione, che nel pensiero della testatrice questi atti di distruzione, emergenti dalla cancellazione, dovevano pure versarsi sul terzo esemplare depositato nelle mani dell'Abate Guimond, e che se questi atti non avevano avuto tutto l' effetto, che dovevano avere, era stato in grazia delle manovre fraudolenti del depositario. Così risultava da' fatti del processo, che l' abate Guimond aveva promesso alla signora de Ronnay, che aveva cancellato i due esemplari del suo testamento, ch' egli si sarebbe affrettato conformemente al di lei desiderio di gettare il terzo al fuoco. La sig. de Ronnay, che aveva la maggiore confidenza nel suo confessore, non aveva dubitato, che non avrebb' egli adempito la sua promessa ; e nondimeno costui non ne aveva fatto nulla ! . . .

La Corte giudicò con arresto de' 4 di giugno 1841 (1), non essere questo il caso di applicare gli articoli 1035 e 1036, che dispongono, la rivocazione di un testamento non potere risultare, che da un atto scritto. « Ed in effetti, « dice l' arresto renduto in questo affare, non « si potrebbe ammettere, senza giungere a del« le conseguenze, che ripugnano all' equità ed « alla ragione, che un legatario, che avesse « praticato delle manovre colpevoli per conser« vare un testamento, che il testatore doveva « credere annullato; che un erede, che avesse « avuto la scaltrezza di rubare e di distrug« gere un testamento, che lo spogliava, potes« sero profittare della loro frode, e si trovas« sero al coperto da ogn' indagine , quali si « siano le pruove, che si potessero dedurre di « questa frode, e per quanto convincenti fosse« ro queste pruove ».

2114. I casi di distruzione, de' quali ci siamo occupati , si presentano ordinariamente , quando il testamento è olografo, perchè allora il testatore lo conserva presso di sè, e può a sua volontà rasarlo, cancellarlo, lacerarlo in tutto o in parte. Ma se il testamento è fatto per atto pubblico, siccome il testatore non lo conserva nelle sue mani, e che il notaio ne rimane depositario, del pari che di tutti gli atti, ch' egli riceve giusta l' art. 20 della legge sul notariato, non può essere lo stesso.

Si è dimandato a tal riguardo, se il testatore può rivocare il suo testamento per atto pubblico, esigendo, che il notaio glielo rimetta(2).

Abbiamo già esposta qualche nozione, che può facilitare il chiarimento di questa quistione (3) ed essa può risolversi per delle semplicissime considerazioni.

Dapprima il testamento per atto pubblico non potrebb'essere ricevuto in brevetto, perocchè il notaio deve conservarne la minuta, ed è una legge costituzionale del notariato, che non può spossessarsene (4). Epperò non ha veruna azione contro il notaio per obbligarlo a restituirgli la sua minuta.

Si oppone l'art. 2 dell'editto del 1693, ch'è così concepito :

« Eccettuiamo nondimeno dal rigore de'detti « registri tutt' i testamenti e le donazioni per « causa di morte, che rimarranno depositati « sia nelle mani de' notai o in quelle de' parti« colari, che si potranno ritirare a piacere, e « de' quali i notai non potranno rilasciare ve« runa spedizione dopo la morte de' testatori, « se prima non ne avranno fatto controlare le « minute nella maniera sopradetta ec. »

Ma questa disposizione non è più in armonia con le leggi moderne, ed è in contradizione con l' articolo 22 della legge di ventoso, che contiene: « I notai non potranno spossessarsi « di veruna minuta, tranneché ne' casi eccet« tuati dalla legge ed in virtù d' una senten« za » (a).

Niente è più formale di questo testo , e ci sembra, che taglia corto ad ogni discussione.

Nulladimeno l'opinione contraria se ne impadronisce per pretendere , che l' editto del 1692 ci pone in uno di quei casi eccettuati, dei quali parla la legge di ventoso anno XI.

Ma supponendo, che l'editto del 693 fosse pure al dì d'oggi suscettibile di essere applicato , questa disposizione non permetterebbe di vantaggio al notajo di rimettere la minuta. La legge di ventoso dopo di avere parlato dei casi eccettuati dalla legge, ha cura di aggiungere: « ed in virtù d'una sentenza »; di talchè risulta da questo testo, che anche ne'casi specificati dalla legge , il notajo dovrebb' essere autorizzato da una sentenza.

Notate d'altronde, che nel sistema della legge dell'anno XI. non si tratta, che d'uno spossessamento temporaneo, che dovrà essere seguito

(1) Devill., 41, 2, 517.

(2) Per l' affermativa:

Merlin, Repert., v° *Notaio*, t. XVII, § 5, n. 6. Quistione di dritto, v° *Notaio*, § 14. Toullier, t. V, n. 659. Favard de Langlade, N. Repert., v° *Atto notarile* § 3. Massé. *Il perfetto notaio*, t. 1, p. 80.

Per la negativa.

Grenier, n. 217. Duranton, t. IX, n. 61. Rolland de Villarguea, Repert. del notaio. v° *Minuta*, n.i 99, 100, Dalloz, *Disposiz. tra vivi e testamento*, cap. 11, sez 1, art. 2, n. 28. Poujol, n. 8, sull'art. 971. Coin-Delisle. n. 32, sull' art. 971.

(3) *Sopra*, n.i 1508, 1509.

(4) Legge de' 25 ventoso anno XI, art. 30.

(a) « I notai non possono rilasciare gli originali alle « parti e a verun altro, nè possono essere obbligati a « presentarli e depositarli, che ne' modi e ne' casi pre« veduti dalla legge.» (Legge sul notariato art. 32). *Il traduttore.*

da una reintegrazione. Inoltre non si concepisce l'interesse del testatore ad ottenere una tale esibizione, poichè essa non cancellerebbe la traccia del passato, comechè lascerebbe sussistere il ricordo di un malvolere del disponente contro i suoi eredi naturali.

Del resto ecco il testo dell'art. 22: « Prima « di spossessarsene eglino (i notai) ne redige« ranno e segneranno una copia esattissima, « che dopo di essere stata certificata dal Presi« dente del commissario del Tribunale civile « della loro residenza, sarà sostituita alla mi« nuta, della quale terrà luogo sin alla sua « reintegrazione » (a).

È dunque certo, che l'editto del 1693 si trova implicitamente abrogato dall'articolo 22 della legge di ventoso, e che un notaio non potrebb' autorizzarsi per effetto dell'art. 2 dell'editto del 1693 precitato a rimettere al testatore diffinitivamente e d'una maniera assoluta la minuta di un testamento, che ha ricevuto.

Questo ha deciso un avviso del Consiglio di Stato de' 7 di aprile 1821, del quale più sopra abbiamo riportata la prima parte (1); esso pronunzia così sulla quistione, che ci occupa;

«Considerando 2°, che giusta le legge di ven« toso (art. 22) i notai non possono spossess« arsi delle loro minute, tranneché in virtù « d'una sentenza, ed a condizione, che l'atto « uscito dal loro studio vi sia reintegrato: che « questa disposizione essendo generale, s'ap« plica alle minute de' testamenti come a quel« le degli altri atti; da che siegue, non potere « i notai spossessarsi di loro privat'autorità « dell'originale di un testamento, che hanno « ricevuto;

« Considerando 3°, che se l'editto del 1693 « permetteva a' notai di rimettere senz'alcuna « formolità ad un testatore la minuta stesse del « suo testemento questa disposizione essendo « inconciliabile con l'art. 22 della legge di « ventoso, è per questo stesso formalmente abro« gato, e non se ne può trarre una eccezione».

« Considerando 4°, che le disposizioni della « legge di ventoso non comprimono in verun « modo la libertà de' testatori, dapoichè s'e« glino vogliono rivocare in tutto o in parte i « loro testamenti, non è necessario di soppri« merne la minuta; l'art. 1035 del Codice ci« vile indica loro un mezzo non meno facile e « più proprio di ogni altro a garantirli da ogni « soggestione e sorpresa »;

« È di avviso, non potere i notai rimettere « al testatore l'originale del testamento, che « hanno ricevuto; che quest' atto non può es« sere rivocato in tutto o in parte, che secon« do le forme prescritte dall'art. 1035 del Co« dice civile ».

Quest' argomentazione è irresistibile, nè vediamo che cosa vi si possa rispondere.

Il Tribunale d'Amiens ha dovuto pronunziarsi il 29 di settembre 1837 (2) su questa quistione in occasione di un reclamo formato da un testatore per la restituzione di tre testamenti ricevuti per atto pubblico, e che dichiarava di avere rivocato posteriormente. Il notaio resistè alla dimanda, ed il Tribunale gli diede ragione, condannando l'attore alle spese.

È vero che una sentenza del Tribunale di Clamecy (3) ha deciso il contrario in una specie simile, ma il principale motivo, sul quale questa sentenza è fondata, è l'editto del 1693, ed è troppo chiaro, che questo editto è cessato di essere in vigore dopo la legge di ventoso.

2115. Colui, che ha testato per atto pubblico, può farsi rimettere dal notaio una spedizione del suo testamento, come più sopra abbiamo detto (4). Una circolare del ministro delle finanze del 25 di aprile 1809 ha autorizzato questa consegna. Che cosa si dovrebbe decidere, se il testatore impadronito così della spedizione la cassasse, rasasse, o lacerasse? Evidentemente questi fatti non potrebbero nuocere all'atto originale, che è restato presso del notaio. Nè se ne può conchiudere, che una cosa sola, cioè che la spedizione sarà sembrata al testatore un atto inutile, ma non ne siegue, che il testatore abbia cambiato di volontà.

2116. Vediamo ora il caso, in cui il testamento invece di essere olografo o per atto pubblico è un testamento mistico.

Abbiamo detto più sopra (5), che l'atto di soprascrizione non è, che uno degli atti semplici, che possono riceversi in brevetto. Abbiamo aggiunto, che la giurisprudenza autorizza il testatore, che ha delle giuste ragioni di modificare un testamento, che ha fatto in tal forma, a farselo restituire dal notaio (6). Non abbiamo bisogno d'insistere di vantaggio su tal riguardo, e si scorgono immediatamente le conseguenze, che si possono trarre da questo per la materie delle rivocazioni (b).

Se dunque il testatore rompe i suggelli del testamento mistico rimesso nelle sue mani dal

(a) « Ove la legge non abbia preveduto il modo di « presentazione o di deposito dell'atto, il notajo prima « di presentare l'originale n'estrae copia perfettamente « simile, la quale dopo la collazione e sottoscrizione del « presidente del Tribunale civile e del regio procura« tore, rimane in luogo dell'originale, finchè venga re« stituito. » (Legge sul notariato art. 52). *Il trad.*

(1) *Sopra*, n. 1508.

(2) Devill., 1838, 2, 105.

(3) 14 Luglio 1836, (Devill., 1836, 2, 484).

(4) *Sopra*, n. 1510.

(5) *Sopra*, n. 1653.

(6) Parigi, 10 giugno 1848 (Devill., 48, 2, 356), *G. del Palazzo* 1851, p. 168).

(b) « Se però il testatore, che abbia consegnato al « notajo il suo testamento mistico, vuol ritirarlo, voglia « o no rivocarlo, il notajo glielo restituisce, e conser« va ne' suoi atti in luogo del testamento restituito, la

notaio, questa rottura sarà una pruova di rivocazione. Il che decide la legge 30 del codice *de testamentis*, che dispone: *Si quidem testator lincem vel signacula inciderit vel abstulerit, utpote ejus mutata voluntate, testamentum non valere* (1).

2117. Nulladimeno osservate, che questa rottura di suggelli non rivocherà il testamento mistico, che in quanto lo scritto interno non sarà un testamento olografo, perocchè in questo ultimo caso resterà sempre un testamento perfetto ed intatto, e si dovrebbe supporre, che se il testatore ha aperto l' involto, è stato per assicurarsi di non essersi nulla cambiato alle sue disposizioni (2).

2118. Abbiamo indicato le differenti maniere, dalle quali possono dedursi le rivocazioni dei testamenti. Il dritto romano ne riconosceva altre, che il codice Napoleone non ha adottato.

Così, come abbiamo detto,(3) la rivocazione di pieno dritto di un testamento per effetto di un altro testamento era ammesso dalle leggi romane, dapoichè non si ammetteva, che potessero esistere più di un testamento. Oggi un testamento, che non avesse nulla d' irreconciliabile col precedente, non impedirebbe l'esecuzione simultanea dei due testamenti.

2119. La necessità d' una istituzione o di una diredazione nominativa dei figli del testatore era prescritta in Roma per la validità del testamento (4). Il perchè la sopravvenienza dei figli obbligava il testatore a rifare il testamento, ma questa circostanza non è sotto il codice Napoleone una causa di rivocazione (5).

2120. È lo stesso della rivocazione per antichità del testamento. Presso di noi lungi dal vedere nel fatto solo dell' antichità del testamento un oblio del testatore, bisogna vedervi una perseveranza nella medesima volontà. Nulladimeno in dritto romano dopo dieci anni di data, il testamento era riputato nullo e come non avvenuto (6). Giustiniano modificò questa disposizione, esigendo una dichiarazione di cambiamento di volontà del testatore (7).

Articolo 1039 — (994).

Ogni disposizione testamentaria sarà caduca, se colui, in di cui favore è fatta, non è sopravvivuto al testatore (a).

SOMMARIO

2121. Se il testatore sopravvive al gratificato, la disposizione diviene caduca.
2122. A menochè non sia provato, essere il legato una ricognizione di debito.
2123. *Quid* del legato rimuneratorio.
2124. Le presunzioni stabilite dall' art. 720 del codice Napoleone in caso di morte in un medesimo avvenimento delle persone chiamate a succedersi, reciprocamente *ab intestato*, sono applicabili tra il testatore ed il legatario?
2125. Continuazione.
2126. Continuazione.
2127. Continuazione.
2128. Continuazione.
2129. Continuazione.
2130. Continuazione.
2131. Continuazione.
2132. Continuazione.
2133. Se la volontà del testatore non è formale, gli eredi del legatario non si considerano chiamati nel suo luogo.

COMMENTARIO

2121. In dritto si chiamano disposizioni caduche quelle, che non producono effetto a causa del rifiuto o della impossibilità di raccoglierle (8). *Caducum appellatur*, dice Ulpiano (9), *veluti ceciderit ab eo* Le liberalità, che gli eredi non vogliono o non possono raccogliere, sono quelle, delle quali Cos'antino diceva *quae in casum cadunt* (10). Questa parola si trova nella letteratura latina prima delle leggi caduciarie di Augusto (11), e vi ha questo significato (12).

È un principio, che più volte abbiamo avuto

« ricevuta, che gliene fa il testatore. Questa ricevuta « dovrà essere fatta con atto autentico. » (Art. 33). *Il traduttore.*

(1) V. Merlin, Repert., v° *Rivocaz. di testam*, § 4, p. 538, che confuta una opinione contraria emessa da Furgole.

(2) Toullier, t. V, n. 664.

(3) *Sopra*, n. 2067.

(4) Instit., *Quibus modis testam. infirm.*, § 1, e *De exhered. lib. principio*, e § 2.

(5) Merlin, Repert, v° *Rivocaz. di codicillo in fin.*

(6) Codice Teodosiano l. 6, *De testam.*

(7) L. 27, C., *De testam. Aggiungi* Merlin, *Repert.* v° *Rivoc. di testam.* § 3, p. 164 e seg.

(a) Uniforme a quest'articolo è l'art. 994 delle Leggi civili. *Il trad.*

(8) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 348 e 349, n. 277. *Infra*, n. 2474.

(9) Ulpiano, *Framm.*, t. XVII, § 1.

(10) L. *penult.*, C., *De delator.*

(11) *Caducae haereditates* (Cicer., *Filipp.* 10, e. 5).

(12) Eineccio, *ad leg. Juliam et Papiam. Poppoeam*, lib. 3, c. 3, *ad* cap. 2, p. 381.

occasione di ricordare, che la disposizioni testamentarie sono fatte *respectu personae* (1). Epperò se il legatario viene a morire, primachè il testamento produca il suo effetto per la morte del testatore la disposizione diviene caduca, perchè non vi è nessuno per raccoglierla.

Di qui quella regola, che ogni disposiziono a causa di morte contiene la condizione tacita, se il gratificato sopravvive al testatore; regola generale, essenziale, che si applica a tutte le liberalità testamentarie, ma che non bisogn' estendere alle disposizioni, che non sono a titolo gratuito (2).

2122. Ed è perciò, che se la disposizione contenuta nel testamento, non fosse una liberalità, e per lo contrario fosse provato, essere una vera ricognizione di debito, importerebbe poco, che la persona, ch'è l'obbietto della disposizione, non fosse sopravvissuto al testatore, imperocchè non si potrebbe dire io simile caso, essere fatto questo riconoscimento di debito *respectu certae personae*, ma è un atto di conscienza e di dovera, del quale gli eredi della persona onorata sono chiamati a profittare (3).

2123. Ma siccome un legato rimuneratorio è una vera liberalità fatta *nullo jure cogente*, la disposiziona del nostro articolo dovrà essere applicata all'erede del legatario del defunto. Il chè è stato deciso da un arresto del Parlamento di Parigi de'5 di giugno 1631 (4), rigettando la dimanda della vedova di un domestico, al quale era stato fatto un legato rimuneratorio.

2124. Quando il testatore ed il legatario periscono in un medesimo avvenimento, senzachè si possa conoscere quale de'due ha sopravissuto, la quistione di sapere, se la premorienza dev' essere decisa secondo la presunzione dell'art. 720 del codice Napoleone (a), non manca di difficoltà. *Etsi quidem possit apparere quis ante spiritum posuerit, expedita est quaestio: si vero non appuret, difficilis est quaestio.* Così si esprimeva Ulpiano (5). Da lungo tempo tale quistione è nelle scuole l'obbietto di molte controversie, e le opinioni, che sono stat'emesse, sono così diverse e così numerose, che sarebbe tanto fastidioso quanto inutile di analizzarle. Fusario (6) conta sino ad otto maniere d' intendere una sola delle leggi del Digesto, che parlano delle presunzioni di sopravvivenza. Ed è la legge 9, § 1, D. *De rebus dubiis*. Si può giudicare da ciò quanto la materia ha dovuto essere imbrogliata dalle capricciose sottigliezze de' dottori, che hanno voluto essere ingegnosi e nuovi. Colui, che cercasse di conciliarli, si esporrebbe n' motteggi incorsi dal proconsole Gellio, del quale Cicerone si burla con molto sale, per essersi messo in testa di porre di accordo tutt'i filosofi greci, che in tempo suo si trovavano in Atene (7).

Nondimenotra mezzo di questo caos s'incontrano degli elementi luminosi, ed è d' uopo di sbrogliarli.

Bartolo comentando la legge 16, D. *De rebus dubiis* (8) pensa, che le presunzioni ricavate dall'età e dal sesso non si applicano alle disposizioni dell'uomo, ma che hanno luogo soltanto, quando si tratta d' una disposizione della legge. Fermiamoci all'opinione di questo dottore, una delle fiaccole della giurisprudenza in Italia. « *Istud dubium de pluribus* « *morientibus, quandoque emanat aliquo a-* « *gente ex dispositione hominis inter vivos* « *vel ultima voluntate, et tunc nunquam al-* « *ter alteri supervixisse praesumitur, nec* « *adhibetur illa distinctio, decesserit impu-* « *bes cum pubere, nec ne ... Si vero aliquo* « *agente ex dispositione legis, occurrit du-* « *bietas de pariter morientibus, et tunc lex* « *praesumit aliquem supervivere eum distin-* « *ctione; aut decessit pubes cum impubere*,

(1) « *Meriti, dignitatis, reverentiae ei debitae aut* « *similium personae cohaerentium ratio habetur.* » (Doneau, *Comm.*, lib. 8, cap 4.) *Sopra*, n. 285, articolo 900.

(2) Prima della legge de' 31 di maggio 1854, la morte civile del testatore apriva la successione, ed il legatario vivente in questo momento raccoglieva la disposizione, di tal che se la sua morte naturale avveniva dipoi, anche prima di quella del testatore, trasmetteva a' suoi eredi il dritto, cho aveva di già raccolto. Ora la morte civile non esiste più; la pena non apre la successione (*infra*, n. 2182). *Quid* nel caso di assenza del donato prima della morte del donatario? (*Infra*, n. 2183).

(3) Arresto della corte di Nimes, 9 dicembre 1822 (Dalloz, 1825, 2, 29). *Sopra*, n.[i] 728, 729, 2056 e seguenti.

(4) Raccolta di arresti e regolamenti del parlamento di Parigi, tratti dalle memorie di Bardet, t. 1, l. 4, cap. 32.

(a) Leggi civili art. 641. *Il trad.*

(5) L. 32, § 14, D., *De donat. inter, vir. et uxor.*

(6) *De subst.*, *quaest* 416, p. 497.

(7) Cicerone, *De legibus*, l. 1, § 20, t. XXXV, p. 57 (ediz. Panckoucke). V. del resto Mascardo, *De pro. concl.* 1344. Menochio, *praesumpt* 50, lib. 6. Peregrino, *De fideicomm.*, art. 43, ecc. Covarruvia, *Var. resol.*, l. 11, c. 7. Doneau sulla legge 9, § 1, D., *De reb. dub.*

Menochio pretende, che quello, ch'è stato scritto di meglio su questa quistione, è la dissertazione di Didaco Covarruvias, che abbiamo citata. Nondimeno vi sono molte sottigliezze nelle interpretazioni di questo giureconsulto Ci sembra, che un principio fecondo di conseguenza, come quello, che serve di guida a Bortolo, vale meglio di tutti gli sforzi di mente degli altri dottori per distinguere i diversi casi e preservarsi dalle congetture capricciose.

(8) E la legge *Quod de pariter*. Questa legge è indicata in Bartolo (ediz., del 1615) la 17ª perchè Bartolo ha fatto due leggi della legge 3.

« et praesumitur impubes prius decessisse.
« Aut pubes cum pubere, et tunc aut perso-
« na patroni est in medio, et ille praesu-
« mitur decessisse, qui magis spectat ad fa-
« vorem patroni. Aut persona patroni non
« est in medio, et tunc aut inter simul de-
« cedentes est votum transmittendae here-
« ditatis, ut quia ascendens simul cum de-
« scendente decedit, et praesumitur ascendens
« prius mortuus; aut tale votum non est, et
« tunc ille soccumbit, cui incumbit onus pro-
« bandi, aliquem supervixisse ».

Bartolo dà in seguito questa ragione, convincente, della distinzione, ch'egli fa, tra le successioni testamentarie e le successioni *ab intestato*. « *Ratio est, quia quum quis agit ex* « *dispositione hominis, si non habet effectum,* « *remanet dispositio juris, secundum quam* « *res habet exitum suum: tunc lex non cu-* « *rat aliquid praesumere; sed cum agitur ex* « *dispositione legis, si lex in isto dubio ni-* « *hil praesumeret, casus remaneret indecisus;* « *quod non esse debet* ». Ecco una opinione semplice, sensata, e poggiata sopra delle ragioni decisive. Furgole l'ha abbracciata (1), e dichiara, sembrargli più conforme al vero spirito delle leggi. Tal' è pure il sentimento di Lebrun (2).

Nulladimeno non si può disconvenire, che la legge 26 D., *De pactis dotalibus* sembra formare al primo colpo d'occhio una forte obbiezione a questo sistema.

« Un suocero ed un genero convengono, che se la loro figlia e sposa rispettiva lascia nel morire un figlio dell' età di un anno, che le sopravvive, la dote apparterrà al marito; che se per lo contrario il figlio muore prima di sua madre, e che questa alla sua volta muore prima di suo marito, quest' ultimo avrà soltanto una porzione della dote. La moglie perì con suo figlio in un naufragio, Papiniano consultato sulla quistione di sapere, quale tra la madre ed il figlio era premorto, rispose, essere verosimile, che il figlio fosse morto prima di sua madre (3).

Ecco per certo la presunzione di sopravvivenza risultante dalla forza dell' età, applicata dal maggiore de' giureconsulti romani ad una stipulazione, ad una convenzione tra vivi. Basta leggere Cujacio su questa legge del Digesto (4) per convincersi, essersi Papiniano deciso per la ragione, che il figlio essendo meno capace di sua madre di lottare con la morte, è presunto di essere soccombuto più presto. « *Papinianus respondit, verisimile esse te-* « *nendum, infantem spiritum posuisse con-* « *festim, matrem diutius pertulisse casum* « *naufragii, et filio supervixisse* ».

Bartolo ha preveduto l'obbiezione che si può trarre da questa legge; nè si dissimula, che sia potente: « *tamen contra hanc distinctionem* *facit multum haec lex* » (5), ma la confuta in maniera da non potersene prevalere.

« *Sed respondeo: ibi natura prolatorum* « *verborum requirebat filios supervivere.....* « *unde illud, quod ibi dicitur, quasi priore* « *impubere mortuo, debet intelligi sic, ut di-* « *camus, quod secundum propriam significa-* « *tionem stipulatio non committitur; sed si* « *ad interpretationem veniamus, debemus di-* « *cere, impuberem prius defunctum, et sic* « *interpretatio legis congruit cum propria si-* « *gnificatione vocabuli. Vel dic, quod ibi sti-* « *pulatio continebat idem quod jus commune* ».

Fermiamoci a quest' ultima ragione.

La successione della madre e del figlio, morti in un medesimo naufragio, in effetti si è aperta *ab intestato*; ora secondo le regole delle successioni legittime la presunzione è, che il figlio impubere è morto prima di sua madre a causa della debolezza dell' età. Questa presunzione, essendo una volta ammessa, non si può allontanarsene per quanto concerne l'esame della stipulazione e lo avveramento della condizione, dalla quale dipende; perciocchè sarebbe ridicolo di dire, che questo figlio debba essere considerato come premorto in un caso, e non esserlo nell' altro. Epperò con ragione Papiniano ha detto, essere verosimile, che il figlio fosse morto prima della madre. Le regole relative all' apertura delle successioni *ab intestato* l' obbligavano a pronunziare così, o queste regole divenivano per contro-colpo quelle della stipulazione. « *Vel dic, quod ibi* « *stipulatio continebat idem, quod jus co-* « *mune* ».

Si oppone pure nel sistema contrario a quello di questo giureconsulto la legge 9 § *fin. si Lucius Titius*, D., *De rebus dubiis*, della quale ecco la specie:

Lucio Tizio istituisce per testamento suo figlio pubere solo erede: il padre ed il figlio muoiono dopo insieme in un medesimo disastro. Trifonino decide, essere il figlio sopravvissuto al padre, presumersi aver egli raccolta la eredità *ex testamento*, ed averla trasmessa ai suoi propri successori. Sarebbe diverso, se il figlio fosse impubere, aggiunge il Giureconsulto, perchè allora si dovrebbe supporre, essere il padre sopravvissuto al figlio (6).

Considerando questa legge con un occhio attento, si potrà dire, ch' essa stabilisce, che

(1) Cap. 7, sez. 6, n. 92.
(2) *Successioni*, p. 15.
(3) *Responsi.*, lib. 4.
(4) V. il suo comentario sul libro 4 de' *Risponsi di Papiniano*.
(5) *Loc. cit.*
(6) Trifonino, l. 9, D., *De rebus dubiis*. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 457. n.i 1 e 2.

Digitized by Google

le presunzioni ricavate dalla debolezza dell'età debbooo servire di guida oache nella dilazionn testamentaria dell' eredità; comechè nella specie data, il figlio ern erede istituito, e Trifonino dice, dover egli raccogliere l' eredità *ex testamento*.

Ma è facile di rispondere con Bartolo (1), che la disposizione testamentaria conserva la sua forza pel soccorso della di-posizione della legge: *quia ibi dispositio testamenti continebat idem quod dispositio legis*. Ed in effetti il figlio non era egli successore *ab intestato* di tutti i beni di suo padre Lucio Tizio? E se Lucio Tizio fosse morto senza testamento con suo figlio, non sarebbe stato mestieri di decidere, essere il figlio sopravvivuto, se era pubere, e premorto se impubere? Ora il testamento di Lucio Tizio non ha avuto per obbietto, che di confermare il titolo *ab intestato* in luogo di distruggerlo. Epperò il figlio trovaodosi simultaneamente erede testamentario e successore *ab intestato*, si deve giudicare della sopravvivenza con le regole stabilite dalla legge sulla successione legittima; perocchè i due titoli sono confusi, e quello, che la legge decide pel successore intestato non potrebbe essere distrutto dalla disposizione dell'uomo sinchè è erede testamentario. Vi è forse qualche cosa, che possa impedire questo figlio di essere il legittimo erede di suo padre? No senza dubbio; e per certo il testamento, che lo gratificava, non ha potuto cambiare questa qualità indelebile. Per lo che è vero di dire, che egli conserverà sempre il benefizio delle presunzioni, che la legge ha voluto legarvi, e che le serberà anche, se riunisce al titolo di successore *ab intestato* il titolo di erede testamentario, che lo fortifica.

Tale è la spiegazione naturale, irresistibile, che Bartolo dà della legge 9 § 4. Il signor Chabot aon ha compreso questa legge, ohe interpreta malissimo (2), e si scorge, che sebbene cita Bartolo, non si è dato la pena di leggerlo (a).

Le due leggi, che abbiamo analizzate, sono le sole, che siano suscettibili di qualche imbarazzo. Tutte le altre provano, che colui che agisce in virtù di una disposizione tra vivi o testamentaria, non può giammai eccepire delle presunzioni di sopravvivenza, stabilite in materia di successione legittima. Il che beotosto mostreremo.

Cujacio, che poc'anzi citavamo, e che non si potrebbe trascurare sa di un punto di giurisprudenza romana, non ci sembra di un parere contrario a Bartolo. Nelle sue recitazioni solenni sul Digesto (3) vi è un passo, nel quale parla delle presunzioni di sopravvivenza e vuole, che il figlio impubere sia presunto, essere morto prima di suo padre e di sua madre, e che il figlio pubere sia presunto, essere loro sopravvivuto. Ma è evidente, che in questo luogo egli parla solamente delle successioni intestate; ciò che risulta da queste parole: « *filius videtur haeres extitisse matri ex Orfitiano...* » e più basso verso la fine: « *licet* « *cum de successione quaeritur in patrem* « *et filium, aliter praesumatur ex ordine na-* « *turae* (4) ».

Ma nel suo comentario sulla legge 26, D., *De pactis dotal.*, (5) ove si occupa delle stipulazioni tra vivi e dei testamenti, vuole, che si tenga al favore della causa per decidere la quistione di sopravvivenza. Con che dice sufficientemente, che rigetta le presunzioni ammesse, e da lui insegnate per le successioni *ab intestato*. Ed in tal senso diciamo, che Bartolo e Cujacio sono unanimi. Dapoichè non si può dissimulare, che nell' intelligenza di alcuni punti eglino professano dei contrari pareri. Ma queste divergenze sono di poco importanza, nè noi ci fermiamo a dinotarle.

Diciamo dunque secondo Bartolo con Cuja-

(1) *Loc. cit.*

(2) *Successioni*, sull' art. 720

(a) A noi sembra difficile, che si poss' adottare il ragionamento esposto dall' autore. Bartolo pone per principio, che nelle successioni testamentarie manca la presunzione della legge, perchè mancando per la morte simultanea del gratificante e del gratificato la disposizione testamentaria, rimane sempre la disposizione della legge, che regola la trasmessione de' beni *ab intestato*. Qual' era dunque propriamente nella specie della citata legge 9 la quistione, che si proponeva a Trifonino? Quale de' due tra il padre ed il figlio doveva ritenersi morto il primo? Il figlio, rispondeva Trifonino. E perchè il figlio? Perchè la morte de' due in un medesimo accidente faceva svanire la successione *ex testamento*, per darsi luogo alla successione intestata, e quindi alla presunzione legale. Ma è evidente, che non fu questa la ragione, che decise il giureconsulto, perchè egli disse espressamente, che vi era luogo alla successione *ex testamento*.

Nè poi può ammettersi, che le due successioni si confondono nel figlio, che vi si trova del pari chiamato, dapoichè è manifesto, che se il testamento non conteneva verun altra disposizione, oltre la istituzione di erede del figlio, non gli dava niente di più della successione intestata, e se conteneva de' legati, lo gravava, e non già lo gratificava. Epperò in niuno de' due casi si trova l'interesse del figlio un motivo determinante della soluzione del Giureconsulto, il quale se avesse applicata la regola di Bartolo, o dichiarata la successione trasmessa dal padre al figlio *ab intestato*, avrebbe resa o uguale o migliore la condizione di costui. In altri termini due opposti interessi concorrevano o potevano concorrere nella successione intestata e nella testamentaria, e ponevano il Giureconsulto nella necessità di pronunziare per l'uno o per l'altro. Se ha pronunziato per l' uno, non ha potuto farlo per motivi attinti nell'altro, ove si ammetta, che la regola scritta per una successione, non vale per l' altra. *Il trad.*

(3) L. 17, D., *De rebus dubiis*.

(4) « *Si pater et filius simul moriantur, videtur filius* « *supervixisse. Hoc suggerit ordo naturae. Ita fuit* « *scriptum in monumento Papiniani: Papiniano, tur-* « *bato ordine naturae, filio mortuo in senio parentes* « *fecerunt.... Similiter si mater et filius moriantur* « *filius videbatur haeres extitisse matri ex Orphitiano* « *Et hoc si fuerit filius pubes.* »

(5) Lib. 4 delle *Risposte di Papiniano*.

cio e con Pothier, che ha seguito quest'ultimo nelle sue Pandette (1), essere nello spirito delle leggi romane di decidersi pel favore della causa piuttosto, che per l'ordine della natura. Molte leggi ne offrono la pruova.

Cajo istituisce Sempronio, e gli sostituisce Tizio nel caso, che muore senza figli, *si sine liberis decesserit.*

Sempronio ha un figlio, ma muojono entrambi in un medesimo naufragio o accidente. Si dovrebbe decidere secondo le presunzioni sulle successioni *ab intestato*, che il figlio pubere è sopravvissuto a suo padre; ma il favore del fedecommesso portò Ulpiano a decidere, essere il padre sopravvissuto al figlio, ed esser egli morto senza figli (2); a questo modo il fedecommesso produce il suo effetto. Tutti gli autori si accordano nel dire, questa risposta del Giureconsulto essere fondata sul favore de' fedecommessi (3). Ecco dunque il favore della causa, che fa sorgere una decisione contraria alle presunzioni risultanti dall'ordine della natura (4).

Un marito ed una moglie si fanno una donazione durante il matrimonio. Se il donatario muore prima del donante, si sa che il possesso ritorna a costui, perchè le donazioni tra marito e moglie possono essere confermate, soltanto dalla premorienza del donante. Ma avviene, che i due coniugi muojono nel medesimo accidente: che bisognerà decidere? Paolo non esita a dire, che converrà di supporre, essere morto il donante prima del donatario, onde la donazione produca il suo effetto (5).

Pel contratto di matrimonio di Cajo e Sempronia è stato stipulato, che se Sempronia morrà, durante il matrimonio, il marito guadagnerà la dote. Cajo e Sempronia muojono nel medesimo avvenimento. Trifonino vuole, che si supponga, essere morta la femmina prima del marito, e questa decisione è anche fondata sul favore della causa, imperocchè, dice Pothier, bisogna rispondere *pro possessore*, attesochè *melior est causa possidentis* (6).

Un marito lega a sua moglie la dote, che ella ha portata nel matrimonio; entrambi periscono nel medesimo accidente. Gli eredi del marito non saranno tenuti della prestazione del prelegato, e bisognerà supporre, essere morta la femina prima del marito, e che per conseguenza il legato è caduco, perchè nel dubbio, *melior est causa possidentis*, e si dovrà dare causa vinta agli eredi del marito, che sono possessori della dote (7).

Cujacio, che comenta questa legge è ben lontano dal credere, che il giureconsulto siasi deciso per delle presunzioni ricavate dall'ordine della natura. Per lo contrario dice formalmente: *Duobus pariter mortuis, non videtur alter alteri supervixisse, excipiuntur parentes et liberi* (8). Questa pure è la regola, che dà Bartolo: « *Ut possit agi ex dispo*« *sitione inter vivos vel ex ultima voluntate*, « *unus de pariter morientibus, nunquam su*« *pervixisse presumitur* (9).

Concludiamo dunque, non essere applicabili alle successioni testamentarie ed agli atti tra vivi le presunzioni di sopravvivenza ricavate dall'ordine della natura.

Ricard insegna per verità una opinione contraria (10), e sostiene, che sia che si tratti della disposizione della legge, sia che si tratti della volontà dell'uomo (a), si debbono decidere le presunzioni di sopravvivenza secondo la differenza della età e del sesso.

Ma bisogna confessare, ch'egli intende le leggi del digesto, delle quali abbiamo parlato, e specialmente la legge 9, §§. 3 e 4, D. *De rebus dubiis*, in un modo assolutamente contrario alle autorità ammesse, e che s'egli ha conosciuto le interpretazioni, che Bartolo e Cujacio ne hanno dato, non si occupa in verun modo di confutarle. Ora tutti gli uomini versati nella conoscenza del dritto, sanno, che se Ricard è una guida molto buona da consultare nelle quistioni di dritto francese, è soggettissimo ad errare, quando si getta nella spiegazione delle difficoltà del dritto romano. « Il sig. Ricard, dice Bretonier (11), è pregevole nelle quistioni, che « sono puramente di dritto francese, ma in quel« le, che sono di dritto romano, non fa che bal« bettare. Nulladimeno sovente ha la temerità di « disputare contra il sig. Cujacio. Mi sembra « di vedere il reattino elevarsi al di sopra del« l'aquila ».

In quanto alla giurisprudenza degli arresti, vi è un arresto del parlamento di Bordeaux, riferito da Automne (12), che ha giudicato, che la debolezza del sesso non poteva fare presumere, che la moglie, naufragata con suo

(1) Al tit. *De rebus dubiis.*
(2) Ulpiano, l. 10, § 1. D., *De rebus dubiis.*
(3) Cujacio, *loc. cit.* Voet, *De rebus dubiis*, n. 3. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 348, n. 5.
(4) Ulpiano, l. 17. § 7, D., *ad S. C. Trebellianum. Aggiungi* Pothier, *Del dono manuale*, part. 2, cap. 4, § 2. n. 186, t. IV, p. 281 (2ª ediz. riveduta del 1781).
(5) L. 8, D., *De rebus dubiis*. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 437, n. 4. Ulpiano, l. 32, § 14, *De donat. inter vir. et uxor.* Pothier, *Pand*, t. II, p. 53, n. 93.
(6) Pothier, *Pand.*, *loc. cit.*
(7) Paolo, l. 17, D., *De rebus dubiis*. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 438, n. 4.
(8) *Recit. solemm.* sulla legge 16, D., *De rebus dubiis.*
(9) Sulla legge 17, *De rebus dubiis.*
(10) *Trattato delle disposiz. condiz.*, n.i 572 e seg.
(a) Il testo dice: « o che si agisca della volontà della « legge, o che si agisca della disposizione dell'uo« mo...; ma ci è sembrato un errore tipografico.
Il traduttore.
(11) *Su Heurys*, t. I, p. 679.
(12) Sulla legge 8, D., *De rebus dubiis.*

Digitized by Google

marito, fosse morta la prima. E per conseguenza la donazione, che suo marito le aveva fatto, fu aggiudicata a' suoi eredi, decidendosi spettare agli eredi del marito il provare, che la moglie era morta la prima.

Epperò si trova la giurisprudenza venire in sostegno dell'opinione de' principali Giureconsulti per stabilire, che quello, che la necessità ha fatto adottare per le successioni *ab intestato*, in materia di presunzioni di sopravvivenza, non dev' estendersi alle successioni testamentarie.

2125. Ma questa dottrina dev'essere seguita sotto del Codice?

Gli autori sono su tal subietto divisi in due campi. Il sig. Chabot è alla testa di quelli, che hanno adottato l'opinione di Bartolo (1). Altri per lo contrario, e specialmente il sig. Toullier (2) hanno seguita la dottrina di Ricard.

Le ragioni di decidere essendo le stesse sotto il codice Napoleone, che nell'antica giurisprudenza, non si deve allontanarsi dall'autorità, quasi universale, della quale l'opinione di Bartolo godeva prima della sua promulgazione.

Il Codice ha completato per verità il sistema delle presunzioni di sopravvivenza, abozzate dalle leggi romane su' commoventi *ab intestato*. Quello, che il Digesto aveva stabilito solamente nel caso di morte simultanea del padre o del figlio, il Codice lo ha esteso a tutti gl' individui, chiamati alla successione l' uno dell'altro, e che muojono ne'medesimi accidenti. Esso prevede un maggior numero di casi, e stabilisce delle regole più generali. Ma in tutto questo non si occupa, che delle successioni intestate, come lo prova la rubrica, sotto della quale sono messi gli art. 720, 721 ec. (a) Indarno il sig. Toullier e gli autori, che abbiamo citato, combattendo sulle parole, cercano di persuadere; che la parola « successioni » s' applica alle successioni testamentarie, percioechè risponderemo, che se questa significazione della parola « successioni » è esatta in certi casi, non l' è in quello, del quale in questo momento ci occupiamo. Ed in effetti nell' art. 711 (b) il legislatore dice: « La proprietà de'beni si acquista e si trasmette per successione, per donazione tra vivi o testamentaria, e per effetto di obbligazioni ». Ecco le tre grandi divisioni tracciate dal Codice, e si vede, che la parola successione serve soltanto a designare le successioni *ab intestato* e che la successione testamentaria vi è chiamata donazione testamentaria. Epperò quando a cominciare dall' art. 718 del Codice Napoleone (c), principia a trattare delle successioni, intende parlare delle successioni intestate, secondo la divisione dell' artic. 711 (d), e non delle successioni testamentarie.

Indubitatamente vi sono delle regole, che proprie delle successioni legittime, si applicano alle donazioni testamentarie. Si possono citare quelle relative alla divisione ed al pagamento de' debiti (3). Ma questa estensione ha luogo solamente, quando vi è analogia perfetta nelle ragioni di decidere, nelle cause, e negli effetti.

Vediamo, se qui esiste l'analogia.

2126. Ora Bartolo ci ha detto più sopra (4), che non si potrebbe trovarla. Nella successione legittima vi è necessità assoluta di stabilire delle presunzioni capaci di troncare le difficoltà di certi casi ambigui. Nelle donazioni testamentarie questa necessità non ha luogo. Nelle successioni legittime, quando due individui, chiamati alla successione l'uno dell'altro, vengono a morire insieme, e s' ignora qual è colui, ch'è premorto, al discendente di quale de'due si sarebbe aggiudicata la successione, se la legge non fosse venuta in soccorso dell'ignoranza umana? Doveasi lasciare indecisa o sospesa la trasmessione de'beni? Ma quando si domanda l' esecuzione di una donazione testamentaria o tra vivi, non si ha da temere questo inconveniente; dapoichè se la disposizione dell' uomo cade, resta sempre la disposizione della legge, e la trasmessione dei beni non si trova intralciata.

Il signor Toullier cerca di confutare questa distinzione fondata sulla necessità delle cose, e la combatte per le seguenti ragioni, che pretende essere senza replica (5).

« Nè questa pretesa necessità, nè il timore « di vedere i beni rimanere vacanti esiste in « verun caso, se si eliminano le presunzioni di « sopravvivenza. Non si conosce meno, e con « certezza, a quali eredi debbono essere defe« rite le successioni delle persone, che sono « perite nello stesso avvenimento; esse saranno « allora deferite, come se l'altra persona fosse « assente, senzachè la sua esistenza fosse cono« sciuta (art. 135 (e)) ».

(1) Chabot, *Successioni*, art. 720, n. 7. Delvincourt, t. II, p. 225. Merlin, Repert., v° *Mort*, § 3, art. 2. Delaporte, *Pand. francesi*, art. 722. Duranton, t. VI, n. 42. Zaccaria, t. I, p. 180, § 85. Dalloz, *Repert. metod.*, v° *Success.*, cap. 1, sez. 1, n. 12. Marcadé, art. 722, n. 8. Rolland de Villargues, *Repert. del notariato*, v° *Successione*, n. 27.

(2) Toullier, t. IV, n.i 78 e seg. Malleville sull' artic. 722. Malpel, *Success.* n.i 14 e 15. Vazeille, articolo 722, n. 5. Belost-Jolimont su *Chabot*, art. 720, *osserv.* 1. Poujol, n. 11, sull' art. 720. Taulier, *Teoria del Codice*, t. III, p. 119.

(a) Art. 641, 642 ec. delle leggi civili. *Il trad.*

(b) Art. 632 delle leggi civili. *Il trad.*

(c) Art. 638 delle leggi civili. *Il trad.*

(d) Art. 632 delle leggi civili. *Il trad.*

(3) *Sopra*, n. 1839.

(4) N. 2124.

(5) Tom. IV, n. 78.

(e) Leggi civili art. 141. *Il trad.*

« Poniamo l'esempio dato dol tribuno Si-
« meone di un padre e di uo figlio, che sono
« periti nello stesso avvenimento; niun bisogno
« di presunzione legale di sopravviveoza per
« conoscersi a chi debba essere deferita la suc-
« cessione dell'uno e dell'altro ».

« Quella del figlio sarà deferito ai suoi eredi
« legittimi della stessa maniera, come se il pa-
« dre fosse asseote, senzachè la sua esistenza
« fosse r.conosciuta. E perchè questo? Perchè
« s'ignora, se il figlio è soprovvivuto ».

« E del pari quella del padre sarà deferita
« ai suoi eredi legittimi, come se il figlio fosse
« assente ecc. ».

Ma non già con sì fragili argomenti il sigoor Toullier può scuotere i profondi e luminosi motivi, coi quali Bortolo giustifico la sua distiuzione. Dapoichè in fiae che cosa è un osseote? È colui, che s'iguora se è vivo o morto; è colui, la cui esistenza è ravviluppata da uao nube impossibile a dissiparsi. Or è egli ben seriomeate, che il sigoor Toullier vuole, che noi coosideriamo come assente colui, la cui morte è attestata dallo stesso fatale avvenimento, che ha fatto nascere lo cootestazione? Non è un abusore del diritto di rogioaare l'assimilare ad nu assente colui, la cui morte è conosciuto ed avverato? E perchè? Perchè non si è sentita suoaare l'ora precisa dello sua morte!!

La necessità di arrestarsi a delle presunzioni legali per determinare il cammino delle successioni di due iadividui, conmoreoti *ab intestato*, risulta dunque dalla stessa inutilità degli sforzi, che fo il signor Toullier per istabilire, essere questa necessità immoginario. Se la legge non fosse stota assai previdente per supplire all'impossibilità di fissare l'ora della morte di due vittime, i loro beni sarebbero divenuti vacanti. Nè si avrebbe potuto seguire la successione dei beni degli asseati, perchè la legge si guorda bene dal confondere un uomo morto con un uomo asseote.

2127. Rimarchiamo in secondo luogo, che quando le successioni di due individui, che periscono in un medesimo avvenimento si aprono *ab intestato*, il legislatore non ha veruna preferenza da fare tra coloro, che se le contendono, comechè tutti vengooo con dei dritti, regolati dalla stessa legge. Che dunque doveva fare il legislatore tra mezzo questo coaflitto di persone ugualmente favorite? Doveva determinarsi per le presunzioai di soprovvivenza ricavate *ex ordine naturae*; il che ha fatto nel dritto romano e nel dritto francese, perchè era questo il solo mezzo di uscire dalla difficoltà.

Ma se si tratta di donoziooi tra vivi o testamentorie, non è lo stesso.

Il successore *ab intestato* è preferibile a colui, che ha solamente per lui la volontà dell'uomo, imperocchè la legge impossesso il successore *ab intestato*. Epperò il legatario o colui, che lo roppresenta, deve provare il suo dritto per ottenere il rilascio. Ora se il testatore ed il legatario soao ravviluppati nella stessa catastrofe, gli eredi del legatario, che si presenteranno per ottenero il legato fotto al loro autore, e che si poggeranao uoicamente su di un titulo oscuro e discutibile, saranno consideroti di un occhio ben meno fovorevolo dell'erede *ab intestato*, che ha per lui il voto della legge. Per lo che questo favore bosterà per fare decidere, non essere il legato dovuto sino a che sia provato, che il legatario è morto dopo del testatore. Nulla obbliga il legislatore a tagliare il nodo gordiaao con delle presunzioni di soprovviveaza soventi incerte e contrarie al vero.

Si tratta forse di una donazione tra vivi fatta coo patto di riversione? Il donatario ed il donaote muoiono iasieme, senzachè si possa conoscere quole dei due è premorto. A che abbiomo ooi bisogno di riccorrere a delle equivoche presunzioai di sopravviveozo per sapere a chi debbouo restare i beni? Gli eredi del donatario sono in possesso; ora *melior est causa possidentis*. Laonde spetto a colui, che vuole fare cessare questo possesso, di provare, che il donante ho soprvvivuto. Il favore della causa toglie tutte le difficoltà! Veruna necessità obbliga a presumere ciocchè nel fatto può facilmente non esistere.

2128. In terzo luogo quando la legge è ricorsa a delle presunzioai nel caso preveduto dall'art. 720 e seguenti del codice Napoleone (a), essa ha cercato di ravviciaarsi olla verità ed allo giustizia. Si è foadota sull'ordiae seguito dolla notura nella distruzione successiva degli individui, a fioe di dare ai beni lasciati *ab intestato* la destiuazione più conforme alle affezioni del saoguo ed ai legami della parentela, in una parola oi dritti della stessa natura. Mo chi non vede, che il suo disegno sarebbe stranamente scoaosciuto, se si applicossero alle donozioai tra vivi o testamentarie le presunzioni, che hanno colpito il legislatore nelle successiooi *ab intestato*? Ed io effetti le doaazioni non sono il più sovente, che un mezzo di rovesciare l'ordiae naturale della successione dei beni, di spogliaro colui, che la oatura preferiva, per vantaggiare ua uomo tuttaffotto indifferente. Ora si potrà mai ricorrere in un caso simile alle presunzioni ricavate *ex ordine naturae* pel coso, in cui la legge sola veglia alla trosmessione dei beoi? È un invocare le leggi della natura nel momento, in cui sono turbate dollo volontà dell'uomo; è un attribuire alla disposizione dell'uomo un privilegio, che la legge ho iatrodotto pel solo caso, in cui dispooe essa stessa. Epperò sotto

(a) Leggi civili art. 641. *Il trad.*

questo nuovo punto di vista non vi è analogia reale tra i due casi, così felicemente distinti da Bartolo.

2129. Possiamo dunque conchiudere, che la dottrina di questo giureconsulto dev' essere seguita in tutta la sua purezza, il che è stato benissimo compreso dalla giurisprudenza degli arresti, che in questi ultimi tempi avendo dovuto pronunziarsi sulla difficoltà, ha fatto prevalere i veri principi (1).

2130. Nonpertanto nell' applicare al dritto francese la dottrina di Bartolo, bisogna usare delle precauzioni, ed avere riguardo alle modificazioni, che questo diritto ha fatto a qualche principio del dritto romano. Per esempio si rimarrebbe ingannato, se si seguisse la decisione della legge 17, § 7, D., ad S. C. *Trebellianum*, di cui abbiamo parlato (2). Imperciocchè è evidente, che questa decisione è dovuta al favore dei fedecommessi e delle ultime volontà. Noi, che circondiamo i successori *ab intestato* di maggiore favore dei donatari per testamento, dobbiamo rigettare l' applicazione di questa legge. In tesi generale diciamo, bisognare decidersi per colui, che possiede, e che spetta a colui, che dimanda i beni, di provare il fondamento del suo dritto.

2131. Rimarchiamo inoltre, che quando un titolo testamentario concorre col titolo di erede legittimo la presunzione di sopravvivenza, stabilita per le successioni *ab intestato*, deve essere applicata, perchè il titolo testamentario, che ha per iscopo d' ingrandire il titolo di successore legittimo, non può distruggerne nè impedirne gli effetti. Questa è la dottrina, che abbiamo veduto professarsi da Bartolo sulla legge 9, § finale D., *De rebus dubiis* (3).

2132. È lo stesso, quando il giudizio da emettersi sulla stipulazione o sulla disposizione testamentaria dipende dalla quistione di sopravvivenza tra due persone, chiamate alla successione *ab intestato* l' una dell' altra, e morte nello stesso avvenimento. Abbiamo esaminato con Bartolo (4) un caso di questa specie nella legge 26 del Digesto, *De pactis dotalibus*. Bisogna allora tenersi alle presunzioni di sopravvivenza, determinate per le successioni *ab intestato*; perchè non si può fare, che una medesima persona sia premorta, se si tratta di successione legittima, e che sia morta in una epoca ignota, se si tratta di sapere qual è stato l' istante della sua morte per determinare l' effetto di una donazione tra vivi o testamentaria. Quest' assurdità sarebbe increscevole, e non è entrata nella mente di veruno di coloro, che hanno interpretato le leggi romane.

2133. Poco fa abbiamo detto (5), che il nostro articolo nel volere, che il legatario sopravviva al testatore, onde la disposizione non sia caduca, si è deciso per il principio, che le disposizioni testamentarie sono fatte in veduta della persona gratificata, ed affatto in veduta della persona dei suoi eredi. Affinchè gli eredi si presumano chiamati in luogo del legatario, bisogna, che il testatore abbia manifestato a tal riguardo una volontà esplicita e precisa.

Che se questa volontà non è formale, non si ammette facilmente, il perchè Voet decide, che quando il testatore si è limitato a dire: « Lego la mia casa a Tizio, per lui ed i suoi eredi », gli eredi di Tizio morti prima del disponente, non potranno pretendere il legato: imperocchè questa soggiunta « per lui e suoi eredi » non può, secondo Voet (6), avere la virtù di disporre, ma bisogna considerarla come una enunciazione inutile, perchè quello, che da qualcuno si acquista, si acquista pure dai suoi eredi.

In quanto a noi, tuttochè non neghiamo ciocchè vi può essere di vero in questo osservazioni di Voet, vogliamo, che non si pronunzi in un senso troppo assoluto, e che si consulti le circostanze (7).

Articolo 1040 — (995)

Ogni disposizione testamentaria fatta sotto una condizione dipendente da un avvenimento incerto, e tale che nell' intenzione del testatore questa disposizione non dev' essere eseguita, che quando l' avvenimento si verificherà oppur no, sarà caduca, se l' erede istituito o il legatario muore prima dell' adempimento della condizione (a).

SOMMARIO

2134. Rinvio.

(1) Bordeaux, 29 giugno 1849 (Devill., 49, 2, 625). Parigi, 30 novembre 1850 (Devill., 51, 2, 404).
(2) *Sopra*, n. 2101.
(3) *Sopra*, n. 2124.
(4) *Sopra*, n. 2124.
(5) *Sopra*, n. 2121 : « .... *Sic ut adjectio illa pro « se et haeredibus nihil disponat, sed superflua plane « sit.* »
(6) *Ad Pand., Quand. dies legat. ced.*, n. 1 *in fine*.
(7) Arresto del parlamento di Parigi do' 23 di giugno 1671, il sig. de Lamoignon primo presidente, Fourcroy e Biffre contendenti. (*Giornale del Palazzo*, t. I, p. 124).
(a) Corrisponde a quest'articolo, ed è uniforme l'art. 995 delle Leggi civili. *Il trad.*

Digitized by Google

COMMENTARIO

2134. Nel nostro commentario dell'art. 900 abbiamo esposto con dei dettagli completi il carattere e gli effetti delle condizioni. Il perchè non possiamo far altro, che riferirci a quanto abbiamo detto in questo luogo sul subietto, che fa materia del nostro articolo (1).

Articolo 1041 — (996)

La condizione, che nella intenzione del testatore non fa altro, che sospendere l'esecuzione della disposizione, non impedirà l'erede istituito o il legatario di avere un dritto acquisito e trasmessibile a' suoi eredi (a).

SOMMARIO

2135. Spiegazione.

COMMENTARIO

2135. Quest'articolo non è altro, che l'applicazione del principio, che quando la condizione sospende soltanto l'esecuzione e non la disposizione, questa disposizione è pura e semplice. *Purum est legatum, quia non conditione, sed mora suspenditur* (2).

Ora la disposizione essendo pura e semplice, ne siegue, essere stata essa trasmessa nel legatario nell'istante della morte del testatore. Eppeiò se il legatario n'è stato impossessato, ha potuto evidentemente trasmetterla a' suoi eredi, quantunque l'esecuzione sia stata sospesa da qualche termine o altra modalità.

Articolo 1042 — (997)

Il legato sarà caduco, se la cosa legata è totalmente perita in vita del testatore.

Sarà lo stesso s'è perita dopo della sua morte senza fatto o colpa dell'erede, quantunque costui sia stato messo in mora di rilasciarla, quando sarebbe del pari perita nelle mani del legatario (b).

SOMMARIO

2136. Della caducità per la perdita della cosa legata.
2137. Della perdita avvenuta pendente la vita del testatore.
2138. Quando una cosa è considerata di essere perita.
2139. Regole a fine di valutare ciò, che si deve intendere per la perdita della cosa. — Del cambiamento di una specie in un' altra.
2140. Cambiamento della cosa legata per accessione.
2141. *Quid* del cambiamento delle varie parti, di cui si compono la cosa legata.
2142. Non bisogna obliare, che in questa materia la volontà del testatore devo prevalere sopra tutto.
2143. L'insufficienza de' beni della successione può rendere il legato caduco in tutto o in parte.
2144. Della perdita avvenuta dopo la morte del testatore.

COMMENTARIO

2136. L'articolo precedente si è occupato della caducità del legato proveniente dalla premorienza della persona gratificata. Il nostro articolo tratta di un'altra causa di caducità, cioè, di quella, che ha luogo per la perdita della cosa legata.

La perdita della cosa legata può prodursi in circostanze diverse, e può avere luogo dopo la morte del testatore o prima della morte del testatore. Dopo la morte del testatore la perdita può essere imputata ora alla forza maggiore, ora alla colpa dell'erede, e risultano da queste

(1) *Supra*, n.i 187 a 352.

(2) Papiniano, l. 17, D., *De condit. et demonst.*

(a) Corrisponde a quest'articolo, cui è uniforme, l'articolo 996 delle Leggi civili. *Il trad.*

(b) Uniforme a quest'articolo è l'art. 997 delle Leg. civili. *Il trad.*

due ipotesi a consegnenze diverse sul diritto del legatario.

Abbiamo parlato nel nostro comentario dell' art. 1018 (1) del caso, in cui dopo la morte del testatore la cosa legata è perita per colpa dell' erede, e del caso, in cui è perita dopo la messa in mora.

Resta ad occuparci del caso, in cui il legato diviene caduco per la perdita della cosa legata in vita del testatore o dopo la morte, ma senza il fatto dell' erede.

2137. E dapprima parliamo della perdita avvenuta in vita del testatore.

Non vi è difficoltà per decidere, che la perdita totale della cosa legata opera l' estinguimento del legato (2). Così Primo lega a Tizio la sua casa; prima della morte del testatore questa casa è presa, suolo e fabbriche. da una inondazione. La disposizione sarà evidentemente caduca, poichè non vi è più nulla della cosa, cui si applica (3).

Se la cosa perisce solamente in parte, il legato sarà del pari solamente caduco in parte. Il Digesto, sempre così ricco sulla materia dei legati, contiene più leggi, che così decidono (4), e nulla è più evidente.

2138. Qui si presenta la quistione di sapere quando una cosa è considerata essere perita, quistione per la cui soluzione le leggi romane vengono anche in nostro soccorso.

Ma prima di esaminarla bisogna ben penetrarsi di questa verità, cioè che nel punto di veduta del nostro articolo, deve essere supposto nel fatto, che la cosa legata è una cosa presente nel momento del testamento, sulla quale precisamente si è diretta l' alleasione del testatore; perciocchè se costui avesse voluto legare una cosa futura sotto la sola condizione, che esistesse in tempo della sua morte, sarebbe inutile di preoccuparsi dei fatti di forza maggiore, o altri, che avessero preceduto la morte del disponente.

Mi spiego:

Pietro lega a Francesco la sua raccolta. Che importa la sorte della raccolta pendente nel momento del testamento, che importa la sua perdita o la sua consumazione? Non si tratta di essa, ma della raccolta pendente nel giorno della morte.

Pietro lega a suo nipote la fine del suo affitto. L' affitto, di cui si occupa, non è l'affitto esistente nel momento del testamento, e sarà indifferente, che questo affitto sia spirato. La fine dell' affitto legato è quella dell' affitto corrente nel momento della morte, nè bisognerà pensare, che a questo.

Quantunque queste verità siano sfolgoranti di evidenza, sono state contrastate nella seguente specie, e questo ci ha determinato a formolarle.

Un signore Bonnefoy aveva dichiarato di legare ad uno dei suoi nipoti Antonio Bonnefoy il godimento, per quanto rimarrà a decorrere dopo della sua morte, di un appartamento, che il testatore allora occupava in virtù d'una locazione, che doveva terminare sette anni dopo. A capo di sette anni il testatore rinnovò questa locazione, e l' ultima locazione era già cominciata da due anni, quando il testatore morì. Il legatario universale ricusò ad Antonio Bonnefoy il rilascio del suo legato sotto pretesto di essere questo legato caduco per essere terminata la locazione precedente, la sola compresa, secondo lui, nella disposizione. Ma questo sistema fu rigettato con arresto della corte di cassazione dei 12 di decembre 1831 (5). Esso non era propoaibile, e le ragioni abbondavano per dimostrarne le parti deboli.

2139. Ciò stabilito e ben compreso, giungiamo alle nozioni, che bisogna avere presenti alla mente per formarsi delle idee giuste su quello, che si deve intendere per perdita della cosa. Vi sono dei cambiamenti, che equivalgono alla perdita; ve ne sono degli altri, che lungi dal distruggere la cosa, non fanno, che migliorarla od accrescerla. Vi sono delle perdite, che si riparano, e che il testatore ha voluto fare scomparire a canto di quelle, che resta senza rifarle. Tutte queste circostanze debbono essere distinte e maturamente pesate.

Una cosa è perita nel senso della legge, non solamente quando è cessata di esistere assolutamente, ma anche quando è cessata di esistere nella specie, che aveva. Da che siegue, che la permutazione della cosa legata in una specie diversa annulla il legato: « *ex dissolutione et permutatione rei legatae in alteram speciem, voluntas mutata videtur* (6). »

La legge 88 *in principio*, D., *De legatis* 3. (7) dà per esempio di questa regola il caso, in cui il testatore avendo legato della lana, ne fa in seguito degli abiti; ed anche l' altro, in cui il testatore avendo legata una certa quantità di legname, ne fa costruire una nave. Nè

(1) *Sopra*, n. 1934.

(2) Pomponio, l. 26, § 1, D., *De legat.*, 1°.

(3) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 343, n. 353. Voët, *Ad Pand.*, *De legat*, n. 50. Ricard, *Donazioni*, part. 3, n. 357.

(4) Pomponio, l. 22, D., *De legat.*, 1° Paolo, l. 8, § 2, D., *De legat.*, 2° Ulpiano, l. 32, § 2, D., *De leg.* 3° Celso, l. 79, D., *De legat*, 3° Pothier, *Pand.*, *loc. cit.*, n. 354. Voet, *loc. cit.*, n. 52. Ricard, *loc. cit.*

(5) Devill., 33, 1, 314. *Palazzo*, t. XXIV, p. 425.

(6) Mantica, *De conj. ult. volunt.*, l. 12, t. 11, n. 8. Marcello, § 1, l. 6, D., *De auro leg.* Pothier, *Pand*, t. II, p. 344, n. 358.

(7) Paolo, lib. 5, *ad leg. Jul. et Pap.*

gli abiti nè la nave sono dovuti, all'infuori di una volontà ben chiara espressa nel testamento (1).

Nullodimeno i giureconsulti romani propongono una soluzione differente, quando il cambiamento si applica ad una cosa, che comunque abbia rivestita una nuova forma, può facilmente riprendere quella, che prima aveva, tali sono i metalli... Il perchè secondo Paolo (2), se lego ad un individuo una verga di argento, della quale in seguito formo un vasellame, il legato sarà dovuto; perchè per questa trasformazione l'argento non perde il suo nome, e puole in seguito per l'azione del fuoco riprendere la forma di verga; « *Cujus haec ratio* « *traditur*: *quippe ea quae talis naturae* « *sunt*, *ut saepius in sua possint redigi ini*- « *tia*, *ea materiae potentia victa*, *nunquam* « *vires ejus effugiant* ».

Pertanto siccome tutto è qui dominato dall'intenzione del testatore, il giudice esaminerà, se la sua volontà non sia stata quella di rivocare il legato, e potrà presentarsi più d'una circostanza di fatto per fare decidere l'affermativa.

Checchè ne sia, non esisteranno gli stessi dubbi, se il testatore, avendo legato un pezzo di marmo, ne ha fatto lavorare una statua, perchè scolpito e lavorata una volta, non può riprendere la sua forma antica (3).

2140. L'accessione sovente fa cambiare una cosa di forma e di valore. . . . E non pertanto questa cosa non cessa di rimanere quella, ch'era. L'unico punto da considerare è, se la cosa legata forma in questa unione il principale, e se quell'aggiunta forma soltanto l'accessorio. In quest'ultimo caso non vi sarà trasformazione legale della cosa, ed il legato non sarà caduco (4).

Nulladimeno la intenzione del testatore (non si potrebbe troppo ripeterlo) dovrà essere ravvicinata a questa regola per confermarla o infermarla. In materia di legato la volontà è la regola sovrana.

Si può dare per esempio il caso, in cui il testatore dopo di avere legato un suolo, vi ha elevato delle costruzioni. Per regola generale queste costruzioni dovranno appartenere al legatario del suolo in virtù della massima *aedificium solo cedit*. Il che abbiamo più sopra stabilito (5). Ma se il testatore ha manifestato una volontà contraria sia esplicitamente sia implicitamente, questa regola di diritto non sarà seguita.

2141. Vi sono degli oggetti, che si compongono di parti differenti, il cui insieme forma un tutto con una forma determinata, tal'è una casa, ove si trova l'insieme di pietre di diversa forma e grandezza, di pezzi di legno ec.... Quando si tratta di un oggetto di questa natura, il cambiamento delle parti non può nuocere al tutto; tutte le pietre della casa possono essere cambiate le une dopo le altre, la casa non resterà meno una casa. Epperò se il testatore lega una casa, ed in seguito la rifà poco a poco, parte a parte da cima a fondo, essa sarà sempre dovuta. Tal'è la soluzione data da Cajo (6). Pomponio cita un esempio analogo (7), quello del legato di una nave riparata tante volte dopo del testamento, che sarebbe stata intieramente rifatta. Ed in effetti in queste specie il corpo non cessa di esistere, e solo le parti esistenti ricevono l'aggregazione delle nuove parti.

2142 Quando il testatore ha distrutto la cosa, che faceva l'obbietto della sua disposizione, quando per esempio ha demolita la casa, e ne ha fatta costruire un'altra in suo luogo, si dimanda, se il legato sarà dovuto. Secondo Cajo, è presunto caduco per la ragione, che la nuova casa è un altro corpo, che non è compreso nel legato: *Si domus fuerit legata...., et ea domo destructa, aliam eodem loco testator aedificaverit, dicemus interire legatum, nisi aliud testatorem sensisse fuerit adprobatum* (8). Vi è dippiù secondo Mantica (9); questa decisione dovrebbe aver luogo, sia che il testatore abbia demolita volontariamente la casa, sia che sia stata demolita per caso fortuito.

Ma per dire su di ciò il nostro parere, ci sembra, che queste decisioni sono piuttosto di fatto, che di diritto, e bisogna badare a non vedere delle regole generali ove ci sono soltanto delle decisioni su casi particolari (10).

Così per esempio se il testatore demolisse la casa legata, e se co' medesimi materiali ne costruisse un'altra sul medesimo suolo, onde procurarsi maggior comodo, pensiamo che il legato non sarebbe caduco (11). Ma se distrug-

(1) Pothier, *Pand.*, *loc. cit.* Ricard, part. 3, n.i 394 e seg.

(2) L. 78, §. 4, D., *De legat.*, 3.° Pothier, *Pand.*, l. II, p. 416, n. 1.

(3) Paolo, *loc. cit.* V. su questo punto Bartolo sull'obietto della l. 44, § 2, D., *De legat.*, 1.°, n. 1. Mantica, *loc. cit.* Cujacio sull'obietto della legge 18, § 3, D., *De pignoribus* (*ad lib.*29.Pauli *ad edict.*). Ricard, *loc. cit.*

(4) Ulpiano, l. 44, § 4, D., *De legat.*, 1.° Paolo, l. 98, § 8, D., *De solut.* Cujacio sulle leggi 21 e 22, D., *De legat.*, 1.°

(5) N. 1940.

(6) L. 65, § 2, D., *De legat.*, 1.°

(7) L. 24, § 4, D., *De legat.*, 1.° Pothier, *Pand.*, l. II, p. 345, n. 390. *Aggiungi* Pothier, *Donat. testam.*, cap. 6, sez. 4, art 1, § 2. Grenier, n. 316. Duranton, t. IX, n. 493.

(8) Cajo, l.65, § 2, D., *De legat.*, 1.° Pothier, *Pand.*, *loc. cit.*

(9) Mantica (secondo Giasone), *loc. cit.*

(10) *Sopra*, n. 1940. Voët, *Ad Pand.*, *De legat.*, n.55.

(11) Ricard, part. 3, n. 386.

Digitized by Google

gesse la casa legata per adoprarne i materiali ad altra cosa, ed in seguito con altri materiali facesse edificare una nuova casa sopra piani del tutto differenti dall' antico edifizio, si potrebbe dire, essere stato il legato rivocato, e che quello, ch' esiste, non è quello, ch' è stato legato.

2143. L'insufficienza de' beni rimasti dal testatore in tempo della sua morte, produce degli effetti analoghi alla perdita della cosa legata. Se per esempio il testatore, estimando la sua fortuna al di sopra del suo valore, fa de'legati, che le riserve vietano di pagare in tutto o in parte, vi sarà per così dire caducità totale o parziale, o se si ama meglio, inutilità del legato.

Notate, che onde l'insufficienza de' beni della successione possa essere opposta al legataria, bisogna che risulti da una liquidazione regolare. Questi punti si trovano consacrati in un arresto della Corte di Parigi de' 3 di marzo 1820 (1).

Del rimanente vi è questa differenza tra la perdita reale e l' insufficienza, cioè che la perdita estingue il legato in un modo assoluto, invece che il legato può riprendere il suo vigore, se delle risorse non sperate vengono a porre nella successione di che soddisfarlo.

2144. Veniamo ora al caso, in cui la perdita avviene dopo la morte del testatore.

Abbiamo detto più sopra (2), che a' termini della seconda disposizione del nostro articolo il legato è caduco, se la cosa è perita dopo la morte del testatore senza il fatto o la colpa dell' erede: questa disposizione non è altro, che l'applicazione del principio, *res perit domino*: ed a parlare propriamente qui sta non è una caducità. Il perchè si è criticato con ragione le espressioni del Codice su questo punto (3).

Io effetti il legatario ha acquistato la proprietà della cosa legata nel momento dell'apertura della successione (4). Laonde non vi è caducità, poichè per lo meno la disposizione ha prodotto il possesso di dritto.

Articolo 1043 — (998).

La disposizione testamentaria sarà caduca, quando l'erede istituito o il legatario la ripudierà, o si troverà incapace di raccoglierla (a).

SOMMARIO

2145. Della caducità per ripudiazione.
2146. Dell'epoca da considerarsi per giudicare dell'incapacità del legatario. — Riavio.
2147. Della differenza tra la donazione ed il legato in quanto all'accettazione.
2148. Della facoltà di ripudiare una eredità in dritto romano.
2149. Delle condizioni necessarie per potere ripudiare una liberalità. — 1.° Bisogna, che le cose siano intiere.
2150. Spiegazione di questa condizione.
2151. Quali persone potrebbero nondimeno essere ammesse a rivenire contra la loro accettazione.
2152. 2.° Bisogna, che la scadenza si sia verificata.
2153. 3.° Bisogna, che la ripudiazione abbia luogo pel tutto.
2154. Quali persone possono ripudiare.
2155. Con quali atti si può ripudiare.
2156. Esempii di rinunzia tacita nell'antico dritto.
2157. Della giurisprudenza su questo punto.
2158. Il legatario può ritirare la sua rinunzia, se non vi è stata nè divisione, nè accettazione da parte di un altro legatario od erede.
2159. I creditori del legatario possono essere ammessi ad accettare la liberalità, alla quale egli ha rinunziato.

COMENTARIO

2145. Il Codice dopo di avere parlato nell' art. 1039 del caso, in cui la disposizione diviene caduca per la premorienza del legatario, ritorna alle cause di caducità, la cui origine è

(1) Tra gli altri mezzi opposti dal legatario universale alla dimanda di rilascio di un legato particolare di 12 mila franchi, si faceva valere sussidiariamente questo, che il legato particolare, del quale si trattava, doveva essere dichiarato nullo, perchè le forze della successione, constatate dall' inventario, erano quasi che assorbite da' debiti del defunto.

Ecco su questo punto la risposta della deliberazione, che fu adottata dall' arresto de' 3 di marzo 1820 della corte di Parigi (Devill., 6, 2, 217):

« Attesochè l'insufficienza della successione per soddisfare i dritti della vedova del testatore, non renderebbe nulli in dritto, ma solamente inutili nel fatto i « diversi legati contenuti nel testamento; che d'altronde questa insufficienza non potrebb'essere giustificata, « che da una liquidazione regolarmente fatta, e che « non ancora si è proceduto a questa liquidazione ecc.

« Per questo motivo dichiara valido il legato, di cui si tratta; ecc., ecc. ».

(2) N. 2136.

(3) Zachariae t. V, § 725, p. 451, nota 7.

(4) *Sopra*, n. 1925.

(a) Uniforme a quest'articolo è l'art. 998 delle leggi civili. *Il traduttore.*

nella persona dello stesso legatario; l'art. 1043 tratta della caducità derivante dalla ripudiazione o dall'incapacità.

2146 Abbiamo veduto qui sopra le incapacità, che vietano di raccogliere una disposizione testamentaria (1), nè vogliamo ritornarci, ma ci limiteremo a ricordare, che l'incapacità del legatario dev'essere considerata nel momento, in cui il testamento produce il suo effetto, e che solamente allora opera, e rende la disposizione caduca. Imperocchè l'incapacità sopravvenuta dopochè la persona gratificata ha accettato il legato, non ha effetto retroattivo. Si può riandare quello, che più sopra abbiamo detto (2) sulle epoche da considerarsi per determinare la capacità degli eredi o legatari.

2147. Ecco quanto basta per la incapacità (3). Passiamo alla ripudiazione.

Ogni liberalità dev'essere accettata: *Invito beneficium non datur*. Nullodimeno vi è a tal riguardo una differenza tra la donazione ed il legato. L'accettazione delle donazioni tra vivi dev'essere espressa ed autentica come lo donazione, ma non è lo stesso dell'accettazione delle liberalità a causa di morte. Essa il più spesso risulta da atti taciti; la si presume anche volontieri, ed il legato è sempre presunto accettato, o menochè questa presunzione non sia esclusa dalla ripudiazione.

Siegue da ciò, che quando un donatario tra vivi muore prima di avere accettato formalmente la donazione, questa donazione è destituita di effetti, perchè la donazione è un contratto, che sussiste soltanto per il concorso di due volontà, legalmente manifestate. Se per lo contrario il legatario muore prima di avere fatto conoscere la sua accettazione, non trasmette meno al suo erede il dritto alla cosa legata, che ha acquistato dal giorno della morte del testatore.

2148. Nel dritto del Digesto, ove si distinguevano gli eredi in eredi suoi, eredi necessari, ed eredi estranei, non tutti avevano la facoltà di ripudiare una eredità (4). Gli eredi suoi e necessari, ch'erano di pieno dritto e malgrado loro, non potevano ripudiare secondo la massima: *Qui semel est haeres non potest desinere esse haeres*. Nullodimeno il pretore accordava il beneficio dell'astenersi agli eredi suoi, vale a dire, a' figli. Questo beneficio di astenersi non faceva perdere loro la qualità di erede; essi la conservavano sempre, ma solamente non erano soggetti a' pesi ed alle azioni ereditarie. Epperò vi era una differenza essenziale tra la ripudiazione e lo astenersi; la ripudiazione faceva perdere la qualità di erede; l'astenersi cancellava soltanto l'obbligazione de' pesi ereditari (5).

Giustiniano abrogò questa differenza con la legge 22, §. 1. del Cod. *de jure deliberandi*, che stabilì un dritto nuovo, e dichiara, che l'astenersi, come la ripudiazione, risolve tutt'i dritti all'eredità, e ne spoglio colui, che si è astenuto o che ha ripudiato (6). Questo dritto noi seguiamo oggi-giorno, e non facciamo veruna differenza tra lo astenersi, la ripudiazione, la rinunzia ec.

2149. Parecchie condizioni sono necessarie per potere ripudiare una liberalità.

La prima è che le cose siano intiere, il che vuol dire, non potersi ripudiare una liberalità a causa di morte, se non quando non si è prima accettata. Epperò colui, che avesse accettato sia tacitamente, sia espressamente l'eredità, a lui deferita, non potrebbe in seguito astenersene. *Semel haeres, semper haeres* (7).

La stessa regola dev'essere seguita relativamente al legato particolare giusta la massima generale stabilita dalle leggi romane: *Quod acquisitum est, repudiari non potest* (8). La giurisprudenza ha avuto sovente l'occasione di farne l'applicazione (9).

2150. Il legato non può essere ripudiato dopo l'accettazione sotto pretesto de' pesi, che lo rendono oneroso.

In verità abbiamo detto più sopra (10), che il peso non può eccedere l'emolumento, ma a torto si farebbe uso di questo principio incontestabile per dire, che se il peso del legato è oneroso al legatario, può ripudiare la liberalità, anche dopo di averlo accettata. Il legatario non può esonerarsi dal peso, che ha consentito di adempiere.

(1) N.i 511 e seguenti, art. 902.
(2) N.i 433 e seguenti, (osserv. prel. del capo 2).
(3) V. ancora *Infra*, n.i 2484 e 2485.
(4) N.i 1806 e seg., art 1006.
(5) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 246, n.i 83, 86, 88.
(6) Furgole, cap. 10, sez. 2, n. 3.
(7) Cassazione 22 gennajo 1817 (Devill., 5, 1, 274). *Infra*, n. 2158
(8) Ulpiano, l. 1, § 7, D., *De success. edict.* Papiniano, l. 22, D., *De fideicommiss. libert.* Paolo, l. 56, D., *Ad leg. falc.* Papiniano, l. 70, § 1, D, *De legat.*, 2.° *Aggiungi* Cujacio, *Observat.*, l. 3, cap. 11, Maynard, l. 7, cap. 8, Furgole, *loc. cit.*, n. 8. Merlin, Repert., v° *legatario*, p. 775, col. 1.
(9) Arresto di Bordeaux de' 21 di marzo 1828 (Devill, 9, 2, 59), che decide, che la vedova legataria universale di suo marito, e che in un giudizio d'ordine transige con de' creditori, che contradicono un credito della successione, e si obbliga di soddisfarli, fa atto di accettazione pura e semplice, benchè abbia dichiarato precedentemente, d'intendere di accettare solamente col beneficio dell'inventario.

Un arresto di cassazione de' 24 agosto 1831 (rigetto di Bordeaux) Palazzo, t. XXIV, p. 174), che decide, l'accettazione della qualità di legatario universale potere risultare a favore del legatario particolare da una lettera, nella quale il primo riconosceva di aver accettata questa qualità di legataria universale.
(10) *Sopra*, n. 365.

Così se per affezione il legatario avesse valutata la cosa legata più del peso annessovi, potrebb' essere obbligato ad adempiere questo peso, e non potrebb' essere ammesso a ripudiare la liberalità (1).

Così se la cosa legata venisse a perire nelle mani del legatario, non potrebbe ripudiare il legato, per dispensarsi dal peso.

Del rimanente è chiaro, che il principio, che vieta di ripudiare un legato accettato, non ha una ragione di esistenza, che pel legato con peso, ed è senza pratica applicazione ad un legato puro e semplice. Ed in effetti poche persone sono tentate di ripudiare, dopo di averlo accettato, un legato puro e semplice, il quale, come ce lo insegna l' art. 1024 (2), non è altro, che emolumento ed utile; e se vi fosse qualcuno, che in queste circostanze credesse di dovere ripudiare, non crediamo, che coloro i quali profitterebbero di tale abbandono, penserebbero a dolersene (3).

2151. Egli è dunque costante in tesi generale, che non si può ripudiare una liberalità, che in quanto non si è astretto da un' accettazione obbligatoria. Nulladimeno bisogna eccettuare le persone, che non godendo dell' integrità della loro capacità, avrebbero accettato senza le autorizzazioni, che le proteggono. Codeste persone possono in seguito rivenire contra della loro accettazione.

2152. La seconda condizione per ripudiare un legato universale o particolare è, che sia scaduto per la morte del testatore, s' è puro e semplice, o, s' è accompagnato da una condizione sospensiva, che la condizione si sia verificata; imperocchè la rinunzia fatta prima di quest' epoca sarebbe nulla ed inefficace (4).

2153. Vi è una terza condizione; bisogna, che colui, che non vuole profittare del legato rinunzi per lo intiero, perchè se ne ripudiasse una parte, e dichiarasse volerne accettare l'altra, non accetterebbe, nè ripudierebbe. *Legatarius pro parte repudiare non potest* (5).

Così Cajo lega un gregge a Sempronio; Sempronio non potrà dimandare parte degli animali e rigettare l' altra parte (6).

Questa regola si applica pure al caso, in cui con la stessa disposizione venissero fatti due legati allo stesso legatario, de' quali due legati uno con peso. Il legatario non potrà accettare il legato libero e ripudiare l' altro (7); perciocchè questi due legati hanno un carattere di unità, che non permette di dividerli.

2154. Diciamo ora una parola delle persone, che possono ripudiare.

La ripudiazione è un' alienazione, comunque sotto certi rapporti le leggi romane non l' abbiano considerata come tale; epperò coloro soltanto, che possono alienare, possono ripudiare (8).

2155. Con quali atti si può ripudiare?

Siccome la rinunzia non si presume, il Codice Napoleone ha voluto, che la ripudiazione delle successioni fosse fatta con atto nella cancelleria del Tribunale di prima istanza (9).

Ma questa disposizione non si applica a' legati, per lo meno a' legati particolari, nè potrebb' essere estesa tutto al più, che a' legati universali o a titolo universale, perchè coloro, che sono così istituiti sono successori ne' beni ed obbligati a' debiti per la loro quota e porzione (10).

Relativamente a' legati particolari, siccome i legatari particolari non sono de' successori, che hanno qualità per rappresentare il defunto, e che non sono tenuti de' debiti, è evidente, non essere necessario, che la ripudiazione sia provata con un atto di cancelleria. Restano essi sotto l' impero del dritto, che prima dell'eccezione fatta dall' art. 784 del Codice, permetteva di ripudiare anche tacitamente una eredità, una successione, una liberalità qualunque. Il che risulta contemporaneamente dalle leggi romane (11) e dalla giurisprudenza (12).

2156 Manlica ha trattato a lungo le congetture, dalle quali si può trarre le presunzioni d una rinunzia tacita (13). Non ci arresteremo alle lunghe discussioni di quest' autore:

(1) Furgole, VII, 1, 63, 64. Ricard, *Dispo. condiz.*, n.i 109, 281. *Sopra*, n. 366.

(2) *Sopra*, n.i 1982 e seg.

(3) V. più sopra ciocchè abbiamo detto della donazione, n. 65, art. 894.

(4) Ulpiano, l. 13, D., *De adqui. hered.*, Doneau, *Comm*, l. 8, cap. 18, n. 20. Toullier, t. VI. n. 533.

(5) Pomponio, l. 38. D., *De legat.*, 1.° Paolo l. 4, D., *De legat.*, 2.° Pothier, *Pand.*, t. 11, p. 346, n. 368.

(6) Paolo, l. 6, D., *De legat.*, 2.° Pothier, *Pand.*, *loc. cit.*

(7) « *Sed duobus legatis relictis, unum quidem repudiare, alterum vero amplecti posse, respondetur*, « §. 1 *Sed si unum ex legatis onus habet, et hoc repellatur, non idem dicendum est, Pone, cum, cui decem et Stichus legatus est, rogatum servum manumittere; si falcidia locum habet, ex decem utriusque legati quarta deducetur. Igitur, repudiato servo non evitabitur onus deductionis, sed legatarius ex pecunia duas quartas relinquet* ». Paolo, l. 5, D., *De legat.*, 2.° Pothier, *Pand.*, t. 11, p. 346, n. 369).

(8) Furgole, cap. 10, sez. 2, n. 43. Cajo l. 11, D., *De auct. tut.* Ulpiano, l. 5. § 8, D., *De rebus eorum qui sub tutel. sunt.* Pothier, *success*, cap. 3, sez. 3, art. 1, § 2. Merlin, Repert, v° *Legatario*, § 4, n. 4, t. VI, p. 771 *in fine*.

(9) Art. 784 del codice Napol.

(10) Una rinunzia ad una successione chiama degli altri eredi; essa interessa pure i creditori della successione. Un atto di tale natura dev' essere necessariamente pubblico, e sarà fatta nella Cancelleria del tribunale, nella cui giurisdizione la successione si è aperta. — Treilhard, esposiz. de' motivi al corpo legislativo. (Fenet, t. XII, p. 152. Locré, t. XI, p. 195).

(11) Ulpiano, l. 120, § 1, D, *De legat.*, 1.° Scaevola, l. 88, § 14, D., *De legat.*, 2.°

(12) Cassaz., 22 Gennaro 1817 (Devill., 5, 1, 274). V. *infra*, n. 2158.

(13) *De conject. ult. vol.*, l. 12, t. IV, n.i 1 a 31.

egli esamina *ex professo*, se si può trerre una pruova di ripudiazione da queste parole: « *Nolo adire*, *nolo haeres esse non adibo*, *dico « me non aditurum* ec. » Si potrebbe dire di queste controversie: « *Difficiles nugae* ». Esse sono così lontane dalla semplicità del nostro dritto, ch' oggi si ha pena a concepirle (1); ma vi sono degli esempi più seri. La legge 120, §. 1, D., *De legat.*, 1.° insegna, che colui, che consente alla vendita della cosa legata, è riputato rinunziare il legato. Qui la intenzione non può essere dubbie, e questo caso può servire di bussola per le quistioni di questo genere (2). La giurisprudenza offre pure delle specie, ch' è utile di consultare (3)

2157. Ma una riflessione deve dominare tutto, ed è, che una rinunzia non si presume, e che bisogna perciò, che sia chiaramente provata. Il perchè noi siamo del parere di Furgole (4), che combatte l' opinione di coloro (5), che vogliono, doversi presumere la rinunzia quando si lascie prendere gli effetti preziosi compresi nella liberalità.

Un arresto della Corte di Caen de' 10 di novembre 1814 aveva ricusato di vedere una ripudinzione di legato nelle seguenti circostanze: Il sig Giovanni Gast aveva fatto a suo fratello Abramo Gast un legato della nuda proprietà di certi immobili senza dispensa dalla collazione. Nell' apertura della successione il fratello figura nell'inventario come abile e succedere; poco dopo fece atto di erede, ricevendo la sua porzione in un credito della successione.

Un mese più tardi Abramo Gast dichiarò ai suoi coeredi, intender egli di rinunziare alla successione di suo fratello per limitarsi al suo legato (6). Costoro risposero, citandolo per la divisione in qualità di erede puro e semplice. Eglino si fondavano su che avendo preso il titolo di erede, Abramo Gast doveva la collazione del suo legato; il che equivaleva da parte sua ad una ripudiazione della liberalità.

Siffatta obbiezione era grave, e per eluderla l' arresto della Corte di Caen ricusò di vedere un atto di adizione di eredità nell'accettazione da parte di Abramo Gast di una parte del credito della successione; secondo questa Corte questa divisione di un solo credito in una successione composta di una quantità di crediti, di mobili e d'immobili, non poteva essere considerata come una divisione di eredità. Ora sino alla divisione Abramo aveva dritto di scegliere, anche prendendo la qualità di erede.

Ma la Corte di cassazione (7), accettando i fatti nella loro sincerità, ed applicando l'antica massima *semel haeres semper haeres*, cessò l' arresto di Caen, ed impresse in Abramo Gast la qualità di erede, da che seguiva necessariamente un abbandono del suo legato (8).

2158. Puole avvenire, che il legatario ripudi per un primo movimento, e che in seguito se ne penta; in questo caso gli è permesso di ritirare la sua rinunzia, a condizione, che non sia intervenuto verun atto di divisione, e che verun erede o legatario non abbia raccolta o significato la sua intenzione di raccogliere la parte ripudiata (9).

L' art. 790 del codice Napoleone (a) offre a tal riguardo un argomento decisivo. Ed in effetti autorizza l' erede intestato a rivenire contra la rinunzia, che ha fatto alla successione, se non è stata da altri accettata. Perchè non sarebbe lo stesso relativamente al legatario rinunziante?

L' eredità testamentaria, o deferita dalla volontà dell'uomo, è una successione come l' eredità legittima, o deferita dalla volontà della legge, ed abbiamo veduto più di un caso, in cui le regole scritte nel capitolo V del titolo I del libro III del codice sono seguite, quando si tratta di disposizioni testamentarie (10). Se dunque è certo, che il legatario ha, come l' erede *ab intestato*, il dritto di repudiare, si deve essere forzosamente indotto a riconoscere anche, che egli deve avere come lui, il dritto di ritrattare la sua ripudiazione; perciocchè le due posizioni sono analoghe ed inoltre i due dritti sono la conseguenza l' uno dell' altro. Il che risulta formalmente dal seguente considerando di un arresto della corte di cassazione (11).

« Attesochè il dritto di ritrattare la ripudia« zione sotto le condizioni espresse nell' arti« colo 790 del codice civile (b) è inseparabile « dal dritto di ripudiare, e che questo doppio

(1) Furgole, cap. 10, sez. 2, n.i 80 e seguenti.

(2) Pothier, *Donat. testam.*, cap. 6, sez. 3, § 3.

(3) Arresto della corte di cassaz., de' 21 di maggio 1838 (Devill., 42, 1, 37), che decide, che una donna legataria di una parte de' beni di suo marito, che in un contratto fatto co' suoi figli dichiara, ricevendo la somma di..... non esserle più nulla dovuto per alcana causa, è, con ciò riputata di rinunziare al legato, che l' è stato fatto, o riconoscere di averne ricevuto il rilascio.. almeno, che l'arresto, che così giudica, sfugge la censura della corte di cassaz.

(4) *Loc. cit.*, n. 91.

(5) Bartolo, *in l. Gerit*, n. 28, D., *De adg. haeredit.*, Mantica, *loc. cit.*, l. 12, t. XIV, n. 26.

(6) Art. 845 del cod. Nap.

(7) Cassazione, 22 gennajo 1817 (Devill., 5,1,274).

(8) *Sopra*, n. 2150.

(9) La corte di Grenoble ha consacrato questo principio con arresto de' 22 di marzo 1830 (Devill., 31, 2, 249) in una specie, in cui gli eredi subito dopo la rinunzia del legatario, avevano dichiarato di accettare l'eredità. Il legatario non potè essere ammesso a rivenire contra la sua rinunzia.

(a) Leggi civili art. 707. *Il traduttore.*

(10 *Sopra*, specialmente n.i 1839, 1843.

(11) Cassazione (rigetto di Pau) 23 gennajo 1837 (Devill., 37, 1, 394).

(b) Art. 707 delle Leggi civili. *Il trad.*

« diritto appartiene all' erede testamentario, « come all' erede legittimo, perchè il codice li « ha messi sulla medesima linea, comprendendo nel medesimo titolo i successori legittimi ed i successori testamentari (1) ».

2159 I creditori del legatario possono essere ammessi ad accettare la liberalità, alla quale egli ha rinunziato (2). Questa rinunzia, che sovente è il frutto della negligenza, di un cattivo calcolo o d' una malizia (3), può essere loro di pregiudizio, ed hanno dritto di querelarsene. Noi non seguiamo su questo punto i principi del dritto romano (4), che autorizzava l' azione dei creditori solamente quando il debitore alienava in frode cinecchè gli apparteneva, e non già quando trascurava di acquistare (5). I creditori hanno potuto sapere, che il defunto destinava al loro debitore la sua eredità, o una parte della sua eredità, e da questa considerazione hanno potuto essere indotti a prestargli lealmente il loro denaro. Sotto il punto di vista dell'equità si puòdire con Louet: « *Spes haereditatis futurae est in bonis* » (6).

È vero, che noi abbiamo s'abilito più sopra (7), che i creditori non hanno qualità per accettare una donazione ripudiata dal loro debitore, ma non si deve paragonare la donazione col legato. Nella donazione il donante è presente, ed egli avendo fatto una liberalità a favore di una persona, per la quale sente della affezione, è padrone di ricusare l' accettazione di terzi, che gli sono indifferenti, e d' infrangere con la sua volontà un atto, che non ancora ha acquistato il carattere bilaterale. La situazione è diversa, quando si tratta di legato, e queste ragioni decisive, quando si parla di donazioni, non decidono nulla, quando si tratta di donazioni a causa di morte.

Articolo 1044 — (999)

Vi sarà luogo ad accrescimento a favore de' legatari nel caso, in cui il legato sarà fatto a più persone congiuntamente.

Sarà riputato fatto il legato congiuntamente, quando sarà fatto con una sola e medesima disposizione, ed il testatore non avrà assegnato la parte di ciascuno de' collegatari nella cosa legata.

Articolo 1045 — (1000)

Sarà pure riputato fatto congiuntamente il legato, quando una cosa, che non è suscettibile di essere divisa senza deteriorarsi, sarà stata data a più persone, anche separatamente (a).

SOMMARIO

2160. Quali persone profittano della caducità del legato.
2161. Del dritto di accrescere nel dritto romeno.
2162. Il dritto di accrescere è fondato sulle volontà del testatore.
2163. Delle congiunzioni di dritto romeno.
2164. Della congiunzione *re tantum*.
2165. Della congiunzione *re et verbis*.
2166. Della congiunzione *verbis tantum*.
2167. Delle leggi Giulia e Papia Poppea dette *Leggi caduciarie*.
2168. Abrogazione di questa leggi.
2169. Sistem'ammesso dal codice Napoleone.
2170. Del dritto di accrescere risultante oggi della congiunzione *re et verbis*.
2171. Delle congiunzione *re tantum* sotto del codice.
2172. Continuazione.
2173. Le congiunzione *re tantum* non potrebbe produrre veruon accrescimento.
2174. Nulladimeno bisogna distinguere, se il testatore ha fissate le parti a disegno, o non he fatto altro, ch'esprimere una conseguenze della divisione.
2175. Giurisprudenza della corte di Cassazione favorevole al dritto di accrescimento per congiunzione.
2176. Giurisprudenze contraria, quando è provato, che il testatore ha inteso di stabilire le parti.
2177. In queste materia l'interpretazione delle volontà del testatore domina tutte le quistioni.
2178. Riassunto delle condizioni necessarie, onde il dritto di accrescimento possa verificarsi.
2179. L'accrescimento si fa alla cosa o non alla persone.
2180. *Quid* dell'accrescimento, se il legatario ha venduto le sua porzione del legato.
2181. Le porzione vacante deve accrescersi col peso, che l'affetta, o senza il peso?
2182. Regole, che presiedono alla divisione dell'accrescimento.
2183. Del dritto di accrescere ne' legati di usufrutto.
2184. Le parte di usufrutto divenuta vacante accresce a' legatari non usufruttuari.
2185. Nel legato di usufrutto l'accrescimento si fa alla persone o non alle parte.
2186. Il dritto di accrescimento non he luogo, che nelle disposizioni testamentarie.

(1) È inutile di fare rimarcare, che nelle specie, sulla quale questo arresto è intervenuto, i beni compresi nel legato, al quale il legatario aveva dapprima rinunziato, non ancora erano stati raccolti de altri legatari od eredi.

(2) Art. 38, t. I, dell' ordin., del 1747. Argom., dagli art. 622 e 788 del codice Nap. *Infra*, n. 2249.

(3) Louet e Brodeau, lettera R, *somm.*, 20.

(4) L. 6, D., *Quae in fraudem*.

(5) Furgole, sull'art. precitato dell' ord. del 1747.

(6) *Loc. cit.*

(7) N. 1100.

(a) A questi due articoli sono uniforme gli articoli 999 e 1000 delle Leggi civili. *Il trad.*

Digitized by Google

COMENTARIO

2160. Dopo di avere parlato dei principali casi, che rendono un legato caduco, il codice spiega a chi questa caducità deve profittare.

In tesi generale, se non vi è un legatario universale la caducità profitta agli eredi *ab intestato* (1). Se vi è un legatario universale, viene a lui il beneficio della caducità, imperocchè egli è messo dalla volontà del testatore in luogo di coloro, che per la volontà della legge sono chiamati ai beni disponibili. Ed egli accoglie il vantaggio di questa caducità, quando anche vi fossero degli eredi riservatari, imperciocchè questi ultimi hanno dritto unicamente alla porzione indisponibile, e tutto ciò che è estraneo a questa porzione, accresce a coloro, che il testatore ha investiti della universalità dei suoi dritti (2).

Ecco la regola.

Ma il testato e può farla piegare, modificarla, variarla; tale volontà bisogna sopratutto interrogare, onde non allontanarsi dallo distribuzione prescritta dalle sue ultime disposizioni. Molte combinazioni possono presentarsi alla mente (3). Noi ci occuperemo qui della più frequente e della più considerevole; la quale ha luogo, quando il testatore ordina, sia esplicitamente, sia implicitamente, con una volontà speciale che la caducità si volgerà a favore, non degli eredi legittimi o del legatario, ma a favore di collegatari particolari. Questo dritto eccezionale, fondato sulla volontà del defunto, è quello, che in giurisprudenza si chiama *dritto di accrescere*.

Perciò lo definisce così (4): « *Jus per quod, « conjuncti in haereditate, legato vel mortis « causa donatione vacans portio accedit seu « cedit portioni occupatae* ». Corvino ne dà una definizione più corta (5): « *Est jus accre« scendi jus, quo pars vacans cedit et accre« scit parti occupatae* ». Ma siccome non è sempre vero, che la porzione accresce alla porzione, come avviene nel legato di usufrutto, preferiamo questa definizione di Mantica: « *Jus « conjunctionis, quo quis vacantem seu defi« cientem portionem consequitur* (6). »

Del resto Baldo ha fatta una comparazione assai singolare del dritto di accrescimento: « *ut « si unius oculi pupilla claudatur, alterius « oculi pupilla dilatetur, ita etiam quando « deficit unus conjunctorum, alter locuple« tatur* (7) ».

Il dritto di accrescere tra coeredi congiunti e collegatari sembra essere così antico, come il testamento stesso. Taluni autori, poco versati nell'istoria del dritto romano, hanno creduto, che fosse stato introdotto dalle leggi caduciarie (*L. Julia et Pap. Popp.*). Ma le testimonianze più esatte (8) provano, che il dritto di accrescere esisteva molto prima della legge Papia. Ed in effetti questa legge si limita a modificarlo, attribuendo in certi casi al fisco ciò, che nell'antico dritto doveva accrescere a' congiunti. Secondo Einecio (9) bisognerebbe pure riferirne l'origine alla legge delle dodici tavole, che racchiude questo testo (10): « *Ast si intestatus moriatur, cui suus haeres nec escit, agnatus proximus familiam habeto* ». I giurisprudenti ne conclusero con un argomento *a contrario*, che se qualcuno trapassava con un testamento, non si potevano ammettere alla successione gli eredi legittimi, e stabilirono questa regola del dritto antico, cioè che non era permesso di morire parte *testato* e parte *intestato*. Ora il dritto di accrescere doveva derivare necessariamente da questo principio, poichè la conseguenza n'era, che la porzione vacante in una eredità testamentaria non poteva profittare, che al coerede istituito dal testamento.

In seguito si giunse ad estendere a' legati questa regola, che dapprima si applicava soltanto alle eredità. I giurisprudenti supposero per analogia, che quando il testatore aveva legata la medesima cosa a più collegatari, aveva

(1) Art. 786 del Cod. Nap.
(2) Ricard, part. 2, n. 501. Merlin, Repert., v° *Legotario*, p. 755. *Sopra*, n.ⁱ 1764, 1767, 1768.
(3) Si può vedere un caso rimarchevole *infra*, n. 23 6.
(4) *Praelect. sul Cod., De caduc. toll.*, n. 9.
(5) *Eod. titulo.*
(6) L. 10, 1. III, n. 14. *De conj. ult. vol.*
(7) Sulla l. 1. C., *De caduc. toll.*, § 1, *n.* 6.
(8) « ...... *Si vero conjunctim, velut Titio et Seio « hominem stichum do lego, jure civili concursu partes « fiebant, non concurrente altero pars ejus alteri ad« crescebat; sed post legem Papiam non capienti a pars « caduca fit.* » (Ulpiano, *framm.*, 24, § 12.) *Aggiungi* Einecio, *ad leg. Jul. et Papiam*, l. 3, cap. 9, § 1. Voët, *De legat.*, n. 79. Furgolo, cap. 9, n.ⁱ 5 e seg.
(9) *Ad leg. Jul. et Papiam*, l. 3, cap. 9, § 2. *Aggi.* Bynkershoek, *observ.* 2. 3.
(10) *Lex duob. tabul. Tabula quinta.*

preferito i suoi collegatari a' suoi eredi in questa cosa; del pari che quando aveva istituito più eredi, era riputato avere voluto preferirli a' suoi successori legittimi. Quindi il legatario si trovò chiamato a profittare dell'accrescimento *jure conjunctionis* (1).

2162. Risulta da queste ultime osservazioni, che il dritto di accrescimento è fondato sulla volontà presunta ma necessaria del testatore, e Mantica ha avuto ragione di dire (2) con tutti gli autori: *scribit Decius jus accrescendi introductum fuisse ex conjecturata mente testatoris.* I giureprudenti, portando il loro spirito investigatore sull'ultima volontà del disponente, hanno pensato con ragione, come dicevamo nel n.° precedente, che il testatore avendo chiamato più persone ad una medesima liberalità, aveva preferito ciascun legatario in particolare relativamente alla cosa legata *in solidum* (3), e movendo di là, hanno stabilito delle regole, delle quali gli articoli, che esaminiamo, sono l'espressione più recente e più perfetta.

Tuttavolta il sig. Olzio ha pensato (4), che il dritto di accrescere non poteva essere considerato come avente per base la volontà del testatore. Secondo lui una tale teoria è incompatibile con la natura del legato, e la principale ragione, che ne dà, si è, che, come insegna Ulpiano (5) il legato prende la sua sorgente nel rigore del dritto civile, e non è come il fedecommesso regolato dalla nuda volontà del testatore.

Ci sembra che questa obbiezione non abbia verun valore. Sappiamo bene essere il legato una disposizione di origine puramente civile, che ha la sua radice nella legge delle dodici tavole, mentre il fedecommesso è stato una innovazione dell'equità ed una conquista della libera volontà degli uomini. Ma da ciò non risulta, che l'interpretazione de' giurisprudenti non abbia avuto il più vasto campo per ricercare e preoccupare il senso delle disposizioni fatte sotto la forma di legato. L'interpretazione de' giurisprudenti è una delle più ricche sorgenti del dritto civile romano. Essa ha esteso il cerchio della legge delle dodici tavole; ha sviluppato e supplito il dritto con le più preziose innovazioni. Ora nella materia de' legati quale ha dovuto essere l'obbietto essenziale dell'opera de' giurisprudenti, se non la volontà del testatore, in sua espressione legittima, e la sua incontestabile significazione? Ciò non vuol dire, che ogni volontà, quale se ne sia la formola, ha dovuto essere un'autorità per gl'interpreti del dritto civile. Ne' testamenti più ancora, che nelle altre materie della giurisprudenza, la solennità è una condizione essenziale di validità. Ma la forma solenne essendo osservata, resta sempre la quistione di volontà, che ha un sì gran posto ne' testamenti, ed i giurisprudenti hanno avuto la missione di contestarla co' mezzi della loro potente logica. Di qui i loro precetti, le loro formole, i loro responsi; di qui quelle regole talvolta così severe (6), talvolta così sensate, che abbondano nel Digesto, e che nel tenere conto delle volontà precise di dritto (7) si legano pure alla volontà del testatore per metterla nella sua vera luce (8).

Del resto dopo di avere constatata con le nostre riserve l'opinione del sig. Olzio, faremo rilevare, che sotto il punto di vista del Codice Napoleone, è incontestabile, che il dritto di accrescimento è fondato sulla volontà del testatore.

2163. Poichè il dritto di accrescere deriva da una congiunzione statuita dal testatore, bisogna vedere in qual caso un legato è fatto congiuntamente.

Nel dritto romano anteriore ad Augusto vi erano tre maniere di congiungere due legatari: « *re tantum, re et verbis, verbis tantum* (9) ».

2164. La congiunzione *re tantum*, detta pure disgiunzione (10), aveva luogo, quando due individui erano chiamati allo stesso legato da due separate disposizioni. « *Titio fundum tusculanum do, lego; Maevio eumdem fundum tusculanum do, lego* ». Si veda da questa formola, che sebbene i collegatari siano chiamati da due frasi differenti (il che fa, che qualche volta vengono chiamati *Disjuncti* (11), eglino

(1) Einnecio, *loc. cit.*, : « *Conjunctim autem haeredes institui, vel conjunctim legari est totam haereditatem vel tota legata singulis data esse, partesque concursu fieri.* » (Celso, l. 80, D., *De legat.*, 3 °)

(2) *De conject. ult. vol.*, l. 4, t. XII, n. 7.

(3) Furgole, *loc. cit.*, n. 6, *in fine*.

(4) *Osservaz. sul dritto di accrescere* (Thèmis, IX, p. 255).

(5) *Reg.*, t. XXV, § 1.

(6) La regola di Catone, per esempio.

(7) Cajo, l. 15, D., *De cond. et demonst.*

(8) Marcello: « *Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est, aliud sensisse testatorem* » (L. 69, D., *De legat.*, 3.°)

Lo stesso Marcello: « *Quum in testamento ambigue aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari et secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est.* » (L. 24, D., *De verbus dubiis.*)

Paolo: « *Quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio.* » (L. 25, D., *De legat.*, 3°.)

Lo stesso Paolo: « *In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur.* » (L. 12, D., *De divers. regul. juris antiqui.*)

(9) Paolo: « *Triplici modo conjunctio intelligitur; aut enim re per se conjunctio contingit, aut re et verbis, aut verbis tantum.* » (L. 142, D., *De verb. signif.*)

(10) Gajo, *comm.* 2, § 199.

(11) Gajo, *loc. cit.* Instit., *De legat.*, § 8. Ulpiano, l. 1, § 3, *De usuf. accresc.* Einnecio, *loc. cit.* Furgole, *loc. cit.*, n. [illegible] Ohler, *Themis*, t. II, p. 358, n. 445 e seg.

sono uniti pel legame, che produce l'identità della cosa legata.

Quando questa congiunzione era stata fatta in un legato di vindicazione, ed uno dei chiamati non raccoglieva, la porzione vacante si accresceva all'altro (1): il che gl'interpreti hanno chiamato *jus non decrescendi*, qualificazione, che non è classica (perchè non si trova ne' libri del dritto romano) (2), ma che ha un'energia, che l'ha fatta conservare nel linguaggio della giurisprudenza.

Se questa congiunzione era stata fatta in un legato per *damnationem*, non vi era luogo al dritto di accrescere, perchè uno dei legatari aveva la cosa, e l'altro l'estimazione. Per esempio: *Heres meus Stichum servum meum Moevio dare damnas esto; eumdem Stichum Titio dare damnas esto.*

2156. La congiunzione *re et verbis* aveva luogo quando con la medesima disposizione due persone erano chiamate alla medesima cosa. « *Titio et Mevio fundum cornelianum, do lego* ».

Se il legato era fatto per vindicazione il dritto di accrescere emergeva da questa formola congiuntiva (3), ed in effetti è chiaro, che la cosa era stata legata solidalmente, che era divisibile soltanto per il concorso di tutti i chiamati, e che se uno dei chiamati mancava, la solidarietà restava (4); il che propriamente si chiama *jus accrescendi* giusta i testi del dritto classico (5).

Ma nel legato di damnazione, la congiunzione *re et verbis* non dava luogo al dritto di accrescere; ciascuno non poteva prendere, che la sua parte virile: se uno dei collegatari mancava, l'eredità ne profittava (6).

2166. La congiunzione *verbis tantum* si faceva, quando il testatore chiamava più persone alla medesima cosa, designando a ciascuna la parte, che doveva avere: *Titio et Moevio fundum tusculanum do lego aequis partibus.*

In una simile disposizione non vi era congiunzione, se non per le parole. In realtà non ve n'era nella cosa, la quale era divisa dal testamento stesso, che aveva fatto le parti. Il che faceva dire a Paolo (7): *Semper partes habent legatari*. Ora, non essendovi congiunzione, non vi era accrescimento. Il che Cujacio (8) aveva perfettamente veduto, malgrado l'errore di altri interpreti (9), che ingannati da un testo di Paolo(10), travolto dal suo senso naturale, avevano creduto, che la congiunzione *verbis tantum* producesse l'accrescimento. La scoperta delle Instituzioni di Gajo ha provato, che Cujacio non si era ingannato. Ed infatti questo prezioso documento esclude per preterizione l'accrescimento risultante dalla congiunzione *verbis tantum*. Quando Cajo parla della causa di accrescimento, dinota soltanto la congiunzione *re et verbis* e la congiunzione *re tantum* come producenti questo effetto nei legati. Serba sulla congiunzione *verbis tantum* un silenzio, che si spiega per la natura di questa congiunzione, la quale ravvicinando i collegatari con le parole per separarli con la fissazione delle loro quote, è esclusiva di ogni accrescimento (11).

2167. Tal era lo stato delle cose risultante dal dritto civile prima di Augusto. Questo principe lo modificò.

Si sa, che la politica di Augusto aveva intrapreso una grande riforma della società romana, via nata dall'amore del celibato e del disordine dei costumi. Tra gli altri mezzi da lui adoperati vi furono le celebri leggi Giulia e Pappia Poppea, che nello scopo di scoraggiare il celibato, vollero, che coloro, che non fossero maritati, non potessero nulla ricevere per testamento dagli estranei (12), prendendo così i romani pel loro lato debole, cioè l'avarizia. Queste leggi andarono più lontana, e per favore delle unioni feconde decisero, che coloro, che essendo maritati, non avessero figli (orbi) riceverebbero la sola metà della disposizione(13) Si diede il nome di caduche a queste disposizioni, che quantunque valide pel dritto civile, cadevono in virtù delle leggi Giulia e Papia (14).

Ma a chi queste caducità dovevano profitta-

(1) Pothier, *Pand.*, *loc. cit.* Cajo, *loc. cit.*
(2) Furgole, *loc. cit.*, n. 13.
(3) Gajo, *loc. cit.*
(4) « ...*In solidum habuerant; concursu res divisa* « *est.* » (Ulpiano, l.3 *in princ.*, D., *De usuf. accresc.*)
(5) *Vaticani Fragm*, §§ 85 e 87. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 338, n.i 419 e seg.
(6) « ... *Jus accrescendi cessat; non immerito quo-* « *niam damnatio partes facit.* » (*Vaticani Fragm.*, *loc. cit.*, Cajo, *comm.* 2, § 205.
(7) L. 89, D., *De legat.*, 3°.
(8) Sulla l. 16, D., *De legat*, 1°.
(9) Doneau, *Comm.*, l. 7, cap. 3. Vinnio, *Instit.*, *De legat.*, § 8. Corvino *sul Cod.*, *De cad. tollendis*. Duareno, *Tractatus de jure accresc.*, lib 1. cap. 10. Menochio, *Praesumpt.*, lib. 4, *praes.*159. Perezio, *Praelect. sul Cod.*, *De cad. tollend.*, n. 13.
(10) L. 89, D., *De legat.*, 3°. *Infra*, n. 2182.
(11) Cajo, *comm.* 2, § 199.
(12) Cajo, *comm.* 2, § 286. « *Caelibes quoque, qui* « *per legem Juliam haereditates legataque capere* « *prohibentur...* » Einnecio, l. 2, cap.21, *ad cap.* 36, *De paen. caelib.*, n.i 1 e 2. V. la mia *Influenza del cristianesimo*, cap. 3, *Del maritaggio*, p. 171 e seg.
(13) Cajo, *loc. cit.*: « ... *Item orbi qui per legem Papiam, ob id quod liberos non habent, dimidias partes* « *haereditatum legatorumque perdunt...* » Einecio, *loc. cit*, *ad cap.* 37, n.i 1 e 3. La mia *Influenza del cristianesimo*, *loc. cit.*
(14) « .. *Quod quis sibi testamento relictum, ita ut* « *jure civili capere possit, aliqua ex causa non ceperit, caducum appellatur, veluti ceciderit ab eo.* » Ulpiano, *Fragm.*, *De cad.*, § 1.)

Digitized by Google

re? Lungo tempo vi sono state delle nubi su questa parte delle leggi di Augusto, ma le istituzioni di Cajo le hanno dissipate. Ed in effetti questo giureconsulto c'insegna (1), che per la legge Papia la porzione de' celibatari e degli *orbi* doveva appartenere alle persone nominate nel testamento e con figli; « *Post legem vero Papiam deficientis portio caduca fit, et* « *ad eos pertinet, qui in eo testamento liberos habent.* » Ed ecco in qual'ordine la legge Papia chiamava i padri (*patres*) inscritti nel testamento a reclamare li *caduca* (2).

In primo luogo la legge Papia metteva i collegatari congiunti, che avevano de' figli; essi erano preferiti agli eredi, quando anche questi ne avessero.

In seconda linea ed in mancanza di collegatari congiunti con figli venivano gli eredi padri.

In terza linea ed in mancanza di eredi padri, ogni legatario con figli aveva dritto di reclamare li *caduca*.

In fine in mancanza di padri, i caduci andavano al popolo romano (3) o per meglio dira al fisco, sempre insaziabile per rappresentare il popolo romano, quando aveva de' vantaggi da raccogliere.

Nè questo è tutto. La legge Papia Poppea trattò come caduci le disposizioni fatte ad ogni persona, che secondo le cause ordinarie del dritto civile non potevano raccoglierle. Supponiamo, che una persona capace fosse gratificata di un legato, e che morisse senza avere potuto raccoglierlo; questa disposizione era caduca secondo la legge Papia Poppea (4), e le regole dell'antico dritto civile sulla sorte della parte vacante venivano rimpinzzate dal nuovo dritto formolato da Augusto, e che abbiamo riassunto (5).

Si vede, che in queste diverse classi di chiamati i padri congiunti rappresentano la prima parte. È per conseguenza ivi si ritrovava il sistema di congiunzione riassunto nelle tre formole, delle quali poc'anzi parlavamo. Non sembra, che le leggi di Augusto vi abbiano derogato (6). Nulladimeno Cajo ci dinota una grave innovazione (7); cioè che per l'applicazione della legge Papia in favore de' congiunti, non si faceva differenza tra il legato di vindicazione ed il legato di damnazione.

Sotto Caracalla si fece un altro cambiamento, ed il fisco che non trovava la sua parte sufficientemente larga, rimpiazzò i padri, e divenne solo erede de' caduchi (8). Esso li raccolse non per dritto di accrescimento, ma *ex lege* (9). Allora tutto il sistema di congiunzione divenne senz'applicazione alla materia da' legati ed anche de' fedecommessi, che vi erano stati assimilati per non perdere nulla (10).

2168. Queste cose durarono sino a Costantino. Sino a questo Principe le leggi caducarie furono un subietto di treccasserie e d'inquisizioni pe' cittadini romani, che le detestavano, e che cercavano incessantemente di eluderle per frodi e malgrado i delatori (11). Ma la politica di Cesare, che aveva fatto stabilire queste leggi, era troppo lontana dalle vedute del cristianesimo per servire alla rivoluzione, che mise sul trono la religione di Gesù Cristo (12). Costantino le scosse nella loro parte politica e morale, abolendo le pene pronunziate contro i celibatari (13). Ne rimase soltanto la parte fiscale, e si vide nel Codice Teodosiano di quante dilapidazioni, inquisizioni, e corruzioni queste tristi risorse del fisco erano l'obbietto (14).

Giustiniano abrogò completamente gli ultimi avanzi di questo monumento discreditato ed odioso, elevato dalla politica degli Imperatori pagani. Per non parlare che del dritto di accrescere, questo Principe si trovò naturalmente ricondotto al sistema, ch'era stato in vigore prima di Augusto, e che Cajo ci ha esposto; cioè l'accrescimento tra collegatari e fedecommessari per effetto della congiunzione *re et verbis*, o per effetto della congiunzione *re tantum*. Solamente Giustiniano, imitando in ciò la legge Papia, cancellò l'antica differenza tra' legati di vindicazione ed i legati di damnazione (15), e volle che quale si fosse la forma del legato, la porzione vacante accrescesse a colui, ch'era congiunto *re tantum*, o *re et verbis* (16).

Relativamente al congiunto *verbis tantum* Giustiniano serbò un silenzio simile a quello,

(1) *Comm.* 2, § 206.
(2) Cajo, *comm.* 2, § 207.
(3) La mia Influenza *del cristianesimo*, p. 173, 174. Tacito, ann. III, 28. Cajo, *comm.* 2, § 286: « *Aut* « *si nullos liberos habebunt, ad populum* (*translata* « *sunt*), *sicuti juris est in legatis et in haereditatibus.* »
(4) Cajo, *comm.* 2, § 206, 286.
(5) Cajo, *loc. cit.*
(6) Il sig. Olzio, *loc. cit.*, ha creduto, che esse l'avevano cambiato sul fondamento della legge di Paolo, 89; D., *De legatis*, 3°. Ma noi non intendiamo questa legge come il sig. Olzio, e la prendiamo nel senso, che Cujacio le dà. V. *infra*, n. 2182.
(7) *Comm.* 2, § 208.
(8) Ulpiano, *reg.* 17, § 2: « *Hodie ex constitutione* « *imperatoris Antonini omnia caduca fisco vindicantur, sed servato jure antiquo liberis et parentibus.* »
(9) Ulpiano, *reg.* 19, § 17. Ortolano. *Instit.*, t. II, p. 310.
(10) Cajo, *comm.* 2. § 286.
(11) La mia *Influenza del cristianesimo*, p. 175. Tacito, *annal.* 3, 28. Giustiniano, l. 1, D, *De cad. tollend.* L. 5. Cod. Theodos., *De bonis vacant.* (Theodos. il giov.)
(12) *Influenza del cristianesimo* p. 177.
(13) L. 1, Cod., Theodos., *De inf. poenis caelib. et orbit.* V. Cod. Giustin., *eod. titulo.*
(14) V. il tit. *De bonis vacant.*, ed il tit. *De incorporatione.* V. il comentario di Gotofredo sulla legge 2, Cod. Theod., *Si petitionis socius*, ecc.
(15) *Instit.*, *De legat.*, § 2. L. unic., § 11, C. *De cad. tollend.*
(16) *Instit.*, *De legat.*, § 8.

Digitized by Google

che aveva serbato Cajo. E la ragione n'è, che giusta quello, che abbiamo detto(1), questa congiunzione per le parole e non per le cose, pel discorso e non pel pensiero, non produceva accrescimento.

Tal'era l'ultimo stato della giurisprudenza romana sul diritto di accrescere, ed era seguito così ne' paesi di diritto scritto, che in quelli di consuetudine (2), perchè si basava su delle buone regole di logica e su di una ragionevole interpretazione della volontà del testatore.

2169. Nonpertanto il codice Napoleone ha giudicato, che se il fondo di questa giurisprudenza era buono, vi era d'apportarvi qualche perfezionamento. In conseguenza ha conservato nella loro purità le regole della congiunzione *re et verbis*, ma ha modificato sotto certi rapporti le nozioni date dal dritto romano sulla congiunzione *re tantum*.

2170. E dapprima per quanto concerne la congiunzione *re et verbis*, ecco il testo dell'articolo 1044.

« Il legato sarà riputato fatto congiuntamente, quando lo sarà con una sola e medesima disposizione, ed il testatore non avrà assegnata la parte di ciascun legatario nella cosa legata ».

È ben questa la congiunzione *re et verbis*, vale a dire la congiunzione, che si trova nel discorso e nella cosa.

Il dritto di accrescere, che ha luogo in questo caso, riposa evidentemente sulla volontà del testatore (3), che ha voluto, che la cosa fosse donata solidalmente a' due legatari. Imperocchè è permesso al disponente di congiungere i legatari con un legame di solidarietà, come gli eredi, che istituisce. « *Conjunctim haeredes institui, aut conjunctim legari; hoc est totam haereditatem et tota legata singulis data esse; partes autem concursu fieri* (4)». Questo è la idea, che Ricard sviluppa nella seguente parafrasi (5).

« Il dritto di accrescere può solamente avere il suo effetto, quando una medesima cosa è stata legata a due o più persone indivisamente o solidalmente, e che la separazione e la divisione debbono farsi pel concorso de'collegatari, vale a dire col prendersi la loro quota nella cosa legata, di talchè se concorrono tutti, siccome per lo concorso la solidarietà è tolta e la separazione fatta, il diritto di accrescere non ha luogo; ma se uno de' collegatari non viene a prendere la sua quota, la separazione non si fa, e la solidarietà resta a coloro, che raccolgono, ch'è quello, che noi chiamiamo dritto di accrescimento ».

2171. In quanto al dritto di accrescimento risultante dalla congiunzione *re tantum*, il Codice ha modificato su questo punto le regole anticamente seguite. Ed in effetti dispone, art. 1045: « Sarà pure riputato fatto congiuntamente, quando una cosa, che non è suscettibile di essere divisa senza deterioramento, sarà stata donata col medesimo atto a più persone, anche separatamente ».

Questa è ben la congiunzione *re tantum*, che unisce i due collegatari per mezzo della cosa, comunque sieno separati per le parole; ma il nostro articolo per elevare al più alto grado di certezza le presunzioni, emergenti dalla disposizione testamentaria, vuole che una tale congiunzione non produca il dritto di accrescere, se non quando la cosa non è suscettibile di essere divisa. Ed in effetti la volontà di operare l'accrescimento si fortifica considerevolmente dall'essere congiunta alla congiunzione *re tantum* la circostanza della indivisibilità della cosa. In questo il Codice è più esigente del dritto antico, sotto l'impero del quale gli autori avevano cura di fare rilevare, essere il dritto di accrescere indipendente dalla maggiore o minore facilità di dividere la cosa legata.

2172. Il Codice impone ancora un'altra condizione, affinchè la congiunzione *re tantum* produca il dritto di accrescere, ed è, che le due disposizioni separate sieno contenute nel medesimo atto.

Secondo il dritto romano, se la disposizione, che chiama due persone ad una medesima cosa, si trovava in atti differenti, purchè non fossero incompatibili (come un testamento ed un codicillo) il dritto di accrescere aveva luogo. Ma forse era un mostrarsi troppo facile ed accordare all'interpretazione della volontà presunta del testatore degli effetti troppo estesi. Il Codice Napoleone non ha voluto esporre le ultime volontà a delle congetture azzardate. Quantunque ei metta qui nel demanio delle presunzioni, vuole approssimarsi per quanto è possibile alla certezza, e per meglio allontanare ogni eventualità di errori, consente a vedere nella specie una vera congiunzione, sol quando le due disposizioni sono racchiuse nel medesimo atto.

2173. In quanto alla congiunzione *verbis tantum*, essa non può produrre più effetto di quanto ne produceva nel dritto romano. La seconda parte del nostro articolo lo dichiara con queste parole: « Allorchè il testatore non ha assegnato la parte di ciascuno dei legatari nella cosa legata. » Da che siegue *a contrario*, che quando il testatore ha assegnato le parti, il dritto di accrescere non può aver luogo; ed in vero l'assegnazione delle parti esclude la solidarietà, e ciascuno dei legatari deve

(1) *Sopra*, n. 2166.
(2) Ricard, *Donaz.*, part. 3, cap. 4.
(3) V. n. 2162.
(4) Celso, l. 80, D., *De legat.*, 3.°
(5) *Loc. cit.*, n. 445.

rimanere nella parte, che gli è stata fatta. Se fosse diversamente, avrebbe più della sua parte, e la volontà del testatore sarebbe violata. Per verità vi è congiunzione nelle parole, ma tale congiunzione è solamente nelle parole; non è nella disposizione, e con ragione viene chiamata *verbis tantum*.

Per esempio Tizio lega un podere a Primo ed a Secondo, onde quello ne abbia tre quarti, e questi un quarto. Come sarebbe possibile, che nel caso, in cui Secondo non raccogliesse la sua parte, questa profittasse a Primo? Primo può mai avere nella cosa al di là dei tre quarti, che gli sono stati assegnati?

2174. Ma bisognerà ben guardarsi dal vedere un'assegnazione di parti nelle enunciazioni, delle quali il testatore si sarebbe servito per esprimere semplicemente le conseguenze dalla divisione da seguire nei termini di diritto tra i legatari, senza avere il pensiero di fissare delle parti determinate (1).

« Cajo dona a Primo, Secondo, e Terzo il « suo fondo Corneliano per goderne a porzio« ni uguali. » Non vi ha in questo assegnazione di parti nel senso del nostro articolo. Cajo non ha fatto altra cosa, che indicare gli effetti naturali della divisione tra i legatari, o per parlare come Cujacio:

« *Tunc testator videtur partes adscripsis-* « *se demonstrandi causa, ut scilicet intelli-* « *gatur quae partes fieri debeant per concur-* « *sum; illa adscriptio* (*aequis partibus*) *tunc* « *demonstratio quaedam est* (2). »

Epperò bisogna fare una grande differenza tra il caso in cui il testatore ha fissato le parti a disegno, e quello, in cui non ha fatto altro, che esprimere una conseguenza della divisione. « *Videlicet si, data opera, eos conjunxit: non* « *etiam ut compendium orationi afferret*(3)».

Supponiamo nell'esempio citato, che Terzo muoja prima del testatore; Primo e Secondo, raccogliendo essi soli il legato invece di dividerlo in tre, non lo possederanno meno per uguali parti, e l'intenzione del testatore non sarà delusa; vi sarà conformità tra il suo precetto e l'esecuzione di questo precetto. In una parola la clausola del testamento non è, che l'enunciazione di quel concorso di fatto, di cui parla la legge 80, D., *De legat.*, 3. che abbiamo citata, e che non impedisce la congiunzione e la solidarietà: « *Partes autem concursu fieri* ».

2175. Il che ha benissimo deciso la Corte di Cassazione con arresto de' 18 di dicembre 1832 (4), arresto, del quale credo necessario di riferire la specie, perchè non è stato ben compreso da tutti coloro, che l'hanno citato.

Un signor Couillard aveva dichiarato con una disposizione congiuntiva legare uno de'suoi poderi a'figli delle sue tre sorelle Margherita, Maria Luigia, e Francesca Couillard; questo legato era accompagnato dalla seguente clausola: « In quanto alla proprietà del detto podere, ne « sarà fatte tre quote e porzioni per quote ugua- « li tra' miei legatari nipoti maschi e femmine « più sopra nominati formanti tre rami per ap- « partenerne in piena proprietà e godimento a « ciascuno de'detti rami per un terzo ».

La figlia di Maria-Francesca Couillard, che formava per sè sola uno de'tre rami, cui era stato legato il fondo, di cui si tratta, morì prima del testatore, di talchè nel momento dell'apertura della successione i tre rami si trovavano ridotti a due.

Sulla dimanda del rilascio della totalità del legato formata da'due rami, la legataria universale pretese, che la premorienza di Maria Francesca Couillard aveva avuto per effetto di fare rientrare la quota di questa, vale a dire il terzo, nel legato universale, e che per conseguenza ella doveva rilasciare i soli due terzi del fondo legato a titolo particolare.

La Corte di Rouen con arresto de'17 di marzo 1830 (5) accolse questo mezzo, decidendo, esservi stata nella specie una speciale assegnazione di parti, che a'termini dell'art. 1044 impediva i due rami di profittare della caducità del legato fatto alla figlia di Maria Francesca Couillard.

Sul ricorso diretto contro di quest' arresto, la Corte di Cassazione (6) si pronunziò in questi termini:

« Attesochè il sig. Couillard nel legare il « fondo di Quincampoix a'tre rami de'suoi suc- « cessibili, l'ha fatto con una sola disposizione « congiuntiva, che il testatore non ha nè alte- « rata nè snaturata nel volere con una disposi- « zione separata, e che siegue immediatamen- « te (come l'ha riconosciuto l'arresto impugna- « to), che si facesse di questo fondo tre quote « e parti di uguale porzione, per rimanere in « piena proprietà e godimento un terzo a cia- « scuno di detti rami; che queste espressioni, le « quali si riferiscono unicamente all'esecuzio- « ne del legato, non annunziano, che il testa- « tore abbia fatto delle parti ed assegnata una « quota determinata a ciascuno de'legatari del « fondo di Quincampoix, ma che legando loro in « comune, ha voluto soltanto, che fosse diviso « ugualmente tra loro per stirpi e non per ca- « pi: da che siegue, che nella specie vi era luo- « go ad accrescimento a favore de'legatari del « detto fondo, e che decidendo il contrario, « l'arresto impugnato ha fatto una fals'applica-

(1) *Infra*, n. 2182.
(2) Cujacio, sulla l. 16, D., *De legat.*, 1.°
(3) Cujacio, *loc. cit.*

(4) Devill., 33, 1, 36.
(5) Devill., 33, 1, 36.
(6) 18 dicembre 1832 (Devill., 33, 1, 36).

Digitized by Google

« zione dell'art. 1044 del Codice civile e vio- « lato l'art c. 1039 del med. Cod.; — cassa « ecc. (1). »

Non si comprende come una decisione così semplice sia stata un subbietto di discussione tra gli interpreti, e che sia servita ad edificare de' sistemi sulle congiunzioni (2). Quest'arresto non ha altro significato che questo: Decide, l'intenzione del testatore non essere stata di assegnare delle parti, ma che ha solamente voluto, che la divisione si facesse per stirpe e non per capo. Esso è tuttaffatto conforme alla dottrina di Cujacio(3), e si può ravvicinarlo a due arresti di cassazione de' 19 di ottobre 1808 e 14 di marzo 1815 che abbiamo citato più sopra (4), cu' quali ha della conformità in certi punti (a).

2176. Ma quando risulta dalle circostanze, che il testatore ha voluto assegnare delle parti e non indicare un semplice fatto di esecuzione, bisogn'allora ricusare l'accrescimento, ed è il caso di dire con Paolo « *Titio et Sejo fundum aequis partibus do lego: quoniam semper partes habent legatarii* (5). »

E ciò ha fatto la Corte di Cassazione nelle seguenti specie:

Il sig. Gaye aveva con testamento così disposto a favore di due suoi cugini: « Dono e lego « a'signori Martin Rollin, miei cugini, la som- « ma di 3000 franchi, da dividersi tra loro in « porzioni uguali ».

In morte del testatore uno de' fratelli Rollin era cessato di vivere; l'altro quindi pretese di potere reclamare la totalità del legato di 3000 franchi, dovendo profittare a lui per dritto di accrescere la parte di suo fratello premorto.

Su questa pretensione, combattuta dal legatario universale, la Corte di Tolosa rese il 31 di luglio 1828 il seguente arresto (6).

« Attesochè a' termini dell'art. 1044 del co- « dice civile vi è luogo al dritto di accrescere « a favore de' legatari, se il legato è fatto con « una sola disposizione, senzachè il testatore « abbia indicato la parte di ciascun legatario « nella cosa legata; attesochè nella specie il « legato di 3000 franchi è bensì stato fatto con « una sola disposizione a'due legatari, ma pe- « rò risulta dalla clausola del testamento, non « solamente che il testatore nel suo pensiero « non intendeva di legare a ciascuno di loro, « che la somma di 1500 franchi, ma ancora, « ch'egli ha determinata la parte di ciascuno di « essi nel legato; che perciò non vi è luogo al « dritto di accrescere ec. . . . ».

Si ricorse contro di quest'arresto, ma la Corte di Cassazione rigettò il ricorso pe' seguenti motivi (7).

« Attesochè la Corte reale di Tolosa dichia- « rando col suo arresto, che risultava eviden- « temente dal testamento del sig. Gaye, non « solamente, che il testatore nel suo pensiero « non aveva inteso legare a ciascuno de' suoi « cugini (i fratelli Rollin) che la somma di « 1500 franchi, ma ancora, ch'egli avev'asse- « gnato la parte di ciascuno di loro nel legato, « e quindi decidendo in dritto di non esservi « luogo ad accrescimento a favore dell'attore, « non ha nè stabilito un fatto, che sia contra- « rio a ciò, ch'è scritto nel testamento, nè trat- « ta una conseguenza di dritto, che sia con- « traria all'art 1044 del cod. Napoleone; — « Rigetta ecc. ».

2177. Si scorge, che l'interpetrazione della volontà rappresenta una gran parte in tutto questo, nè fa d'uopo meravigliarsene, perchè il dritto di accrescere riposa principalmente sulla volontà del testatore.

Del resto è inutile di fare rimarcare, che trattandosi di disposizioni testamentarie, la Corte di cassazione ha il dritto di penetrare nella intelligenza de'termini del testamento, per raddrizzare degli errori, che potrebbero attentare alla volontà de'moribondi, messa sotto l'egida del dritto pubblico e della legge (8) (b).

2178. Riassumiamo ora le circostanze, che debbono concorrere, onde possa esistere il dritto di accrescere:

1.° La disposizione dev'essere della medesima cosa;

2.° Dev'essere fatta a due o più persone;

3.° Bisogna, che queste persone siano con-

(1) Il 22 giugno 1833 (Devill., 33, 2, 337). la corte di Parigi, alla quale la causa fu rinviata, rese un'arresto conforme alla decisione della corte di cassazione.

(2) Merlin, Repert., v° *Accrescimento*, n. 2. Toullier, t. V, n. 691. Favard, v° *Testamento*. sez. 3, § 3, n. 3. Duranton, t. IX, n.i 504 e seguenti. Bayle-Mouillard *su Grenier*, n.350, nota *B.*—V. d'altra parte Proudhon (*Dell' usufrutto*, n. 705), che li combatte, ma che combatte nel vuoto.

(3) *Sopra*, n. 2166.

(4) *Sopra*, n 1769, e *infra*, n. 2190.

(a) V. l' ultimo comm., del n. 2177, ove si accenna alle opinioni di Sirey e di Coin Delisle, che non ammettono nella corte di Cassazione il diritto di penetrare nella volontà de'testatori per assicurarne la esecuzione. Ed in vero questa opinione ci sembra più uniforme alla giurisdizione della corte regolatrice, destinata unicamente a serbare incolume la legge ed a correggerne le violazioni. Nè vale il dire, che la legge vuole, che le volontà de' testatori siano rispettate, perchè la legge vuole ancora, che siano rispettati i contratti, liberamente e giuridicamente consentiti, e nonpertanto nell'ordine della giurisdizioni attribuisce soltanto a' giudici del merito il debito d'indagare quello, che le parti hanno voluto consentire. *Il trad.*

(5) L. 89, D., *De legat.*, 3°.

(6) Devill., 9, 1, 431.

(7) 19 gennaio 1830 (Devill , 9, 1, 431).

(8) Questo potere è stato contradetto alla corte di cassazione dal sig. Sirey, in occasione dell' arresto di cassazione de' 19 di gennaio 1830 *loc. cit.*). Era quella, secondo lui, una quistione di fatto, che non apparteneva a questa corte di decidere. *Aggiungi*, Coin-Delisle n. 7, sull' art. 1044.

(b) V. la nostra nota precedente. *Il trad.*

giuote e chiamate alla totalità, e che nel caso di congiunzione *re tantum*, lo cosa non sia suscettibile di divisione;

4.° Bisogna ancora, che la disposizione, che chiama piu persone, si trovi nel medesimo atto (1);

5.° Infine uno de'chiamati deve raccogliere la disposizione, e l'altro dev'essere nella impossibilità di prendervi parte.

Quando tutte queste circostanze concorrono vi è luogo al dritto di accrescimento.

2179. L'accrescimento non si fa alla persona, ma si fa alla cosa, vale o dire che la porzione vacante si accresce allo porzione raccolta. *Portio fundi velut alluvio portioni accrescit* (2). Da che si è tratto l'adagio di dritto: « *Portio portioni accrescit, non personae* ». Epperò il dritto di accrescere passa all'erede di colui, che ha raccolto, perchè la porzione vacante va a cercare l'altra, in mano di chiunque si trova (3).

Diremo per lo stesso motivo, che il sostituto volgare può profittare del dritto di accrescere.

2180. Ma se il legatario ha venduto la sua porzione del legato, il dritto di accrescimento deve aver luogo in favore del venditore o del compratore?

Bartolo (4) e Duareno (5) sostengono, che il compratore deve profittare del dritto di accrescimento, perchè la legge paragona l'accrescimento all'alluvione, il quale ha luogo soltanto a favore di colui, che possiede. Questo è anche il parere di Furgole (6).

L'opinione contraria conta più numerosi partigiani; alla loro testa si presenta Cujacio (7), che sostiene, che il legatario, che ha venduto, non ha perduto la sua porzione, perchè si presume possederla mercè il prezzo, che ha nelle mani.

Ricard (8) e Vinnio (9) usano una distinzione, che rientra del tutto nel parere di Cujacio. Ed io effetti Vinnio dopo di avere mostrato, che il dritto di accrescimento non può avere luogo, che fra coeredi, esamina, se nondimeno l'acquirente d'una porzione ereditaria può forzare *ex empto* il venditore a dargli i beni, che si accrescono *jure accrescendi*, e si occupa dapprima ad esaminare qual è stata la volontà delle parti. Se risulta, essere stata intenzione dei contraenti, che l'acquirente profittasse del vantaggio dell'accrescimento, per esempio, se l'erede avesse venduto con la porzione ereditaria tutti i dritti, che aveva e poteva avere nella successione, oinn dubbio, che il beneficio dell'accrescimento passi al compratore. Ma se ciò non risulta, aggiunge Vinnio, non bisogna supporlo. Come credere essere stata intenzione delle parti lo stipulare una cosa, che ignoravano? Vale meglio arrestarsi alla idea, che il venditore ha voluto unicamente disfarsi della cosa esistente nel momento della vendita. Se il prezzo si trova presso a poco proporzionato al valore degli oggetti venduti, non sarebbe assurdo ed iniquo di privare l'erede della parte accrescente, che può essere considerevolissima, per darla a l'acquirente, che non l'ha pagata? Vinnio cita molti autori (10) io sostegno della sua dottrina, ed essa deve essere preferita quella di Duareno e di Furgole. Olea (11) dice essere quella la soluzione più comunemente ammessa, e ad essa si uniforma.

2181. Ma la porzione vacante si deve accrescere col peso, di cui è affetta, o senza il peso?

Secondo il dritto romano l'accrescimento si faceva *cum onere* nelle istituzioni e sostituzioni dirette; sia che la congiunzione avesse luogo *re et verbis* o *re tantum*: « Istituisco Tizio mio erede; istituisco Sempronio mio erede col « peso, che paghi 10,000 lire a Cajo. » Questa è la congiunzione *re tantum*; se Sempronio non raccoglieva, la sua parte si accresceva a Tizio, che era obbligato di pagare le 10,000 lire a Cajo. Era lo stesso, se la istituzione era fatta congiuntamente *re et verbis*: « Istituisco per miei eredi Caio e Sempronio, « questo ultimo col peso di pagare 10,000 lire « a Tizio (12) ».

Relativamente ai legati la legge unica del codice, *De caducis tollend.*, § XI usava questa distinzione. Se la congiunzione era fatta *re et verbis*, il collegatario, che profittava della porzione vacante, doveva soddisfare il peso, a menochè non fosse personale; se la congiunzione si faceva *re tantum*, l'accrescimento si faceva *sine onere*, dapoichè nel fare il legato della medesima cosa a due persone separatamente, si reputa, che il testatore abbia voluto, che ciascuno sia obbligato al proprio peso, e non all'altrui (13) Il legatario, che raccoglie

(1) *Sopra*, n. 2172.

(2) Papiniano, l. 33, *in fine*, D., *De usuf. et quemad.*

(3) Giuliano, l. 26, § 1, D., *De cond.*, ecc. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 360, n. 426. Cujacio, *Observ.*, l. 12, cap. 13.

(4) Sulla l. *re conjuncti*, 89, D., *De legat.*, 3°.

(5) *Tract. de jure accresc.*, l. 2, cap. 6.

(6) Cap. 9, n. 94.

(7) *Loc. cit. Aggiungi* Ferrières, *Tract. ad S. C. treb.*, cap. 44. V. Ulpiano, l. 8, D., *De acq. vel. amit. haered.* Ulpiano, l. 4, § 3, D., *Si quis omis. causa tes.*

(8) Part. 3, n. 513.

(9) *Select. juris quaest.*, lib. 1, cap. 58.

(10) Giasone e Ripa sulla l. 89, D., *De legat.*, 3°. Gomès, *resol.*, cap. 10, n. 41. Fachineo, *controv.* 5, C. *ult.*

(11) *De cessione jurium*, t. IV, quest. 7, n. 16.

(12) L. *unic.*, §§ 10 e 11, C., *De cad. toll.* Furgole, *loc. cit.*, n. 92.

(13) Furgole, *loc. cit.* Mantica, *loc. cit.*, l. 10, t. III, n. 16.

il legato, serba la cosa in totalità *jure non decrescendi*.

Tutte queste distinzioni non debbono essere seguite. La volontà del defunto esiste, ed essa ha imposto un peso, e messa una obbligazione a lato di un benefizio. Poichè sussiste il benefizio, il peso deve sussistere ancora, nè vi è sottigliezza di dritto, che possa prevalere contra questa verità. Ricard, che scriveva pe'paesi consuetudinari, e che cercava di conciliare per quanto era possibile le decisioni del dritto romano con la semplicità del dritto francese, aveva emesso l'avviso, che in tutt'i casi e non ostante il § XI della legge *De cadue. toll.* del Codice, il collegatario deve adempire il peso annesso alla porzione vacante, della quale egli profitta (1). Codesta opinione, ch'è anche quella di Pothier (2), riceve oggigiorno maggior forza dal carattere equo della nostra giuri-prudenza (3), e deve essere seguita (4).

Nullodimeno osserviamo, che quando il peso, è puramente personale, la disposizione della legge unica del Codice *de Caducis tollendis* deve servire di regola, comechè è l'espressione di una verità di buon senso. Epperò l'obbligazione di maritarsi o di abbracciare lo stato ecclesiastico non si trasmetterebbe al collegatario, che rimpiazza il legatario, ch'è mancato (5).

2182. Parliamo ora delle regole, che presiedono alla divisione dell'accrescimento.

Allorchè il dritto di accrescere viene a produrre il suo effetto, la porzione vacante si divide proporzionalmente tra coloro, che hanno raccolto le altre parti della cosa legata: « *proportione legati cuique eorum, quibus fundus separatim legatus est, accrescat* (6) ».

Ciò non può fare difficoltà, quando tutt'i legatari sono uniti in una medesima congiunzione, ma la cosa non è così chiara, quando vi è miscela di diverse congiunzioni. Un testo di Paolo ha preveduto quest'ultimo caso (7). Questo testo è stato un campo di battaglia per gli antichi interpreti (8), ed un subietto di congetture pe' nuovi (9). Dopo di avervi riflettuto pensiamo, non aver altro significato, che quello, che Cajo gli ha dato, coordinandolo con l'insieme dell'opera di Giustiniano. Questa legge è stata inserita nel Digesto unicamente per regolare l'ordine di preferenza tra le diverse classi di legatari congiunti.

Ecco quello che Paolo dice:

« *Re conjuncti videntur non etiam verbis, cum duobus separatim eadem res legatur. Item verbis, non etiam re, Titio et Sejo fundum aequis partibus do lego: quoniam semper partes habent legatarii. Praefertur igitur omni modo caeteris, qui et re et verbis conjunctus est. Quod si re tantum conjunctus sit, constat, non esse potiorem. Si vero verbis quidem conjunctus sit, re autem non; quaestionis est, an conjunctus potior sit? et magis est ut ipse praeferatur* ».

Per spiegare questa legge, nulla è più necessario, che di dare un esempio, e questo ha fatto Cujacio nell'ipotesi seguente, ove le tre congiunzioni si trovano presenti (10): « *Primo et secundo illum fundum do lego; deinde Tertio eumdem fundum lego; deinde Quarto et Quinto eumdem fundum lego; deinde Quinto et Sexto eumdem fundum lego; postremo Septimo et Octavo eumdem fundum ex aequis partibus lego* ».

Questo caso è tanto completo per quanto si può; per pervenire ad un risultamento possibile, debbono essere fatte cinque porzioni del fondo, che forma l'obbietto di questo legato. Una quota di un quinto deve appartenere a Primo e Secondo come rappresentanti un capo (11); un'altra porzione di un quinto deve appartenere a Terzo; una simile porzione a Quarto: un altro quinto apparterrà a Quinto e Sesto, e l'ultimo quinto a Settimo ed Ottavo.

Primo e Secondo sono congiunti tra loro *re et verbis*. Quinto e Sesto lo sono anche tra loro della medesima specie; e tutti quattro sono congiunti *re tantum* con gli altri; Settimo ed Ottavo sono congiunti tra loro *verbis tantum*.

Se primo premuore, la sua porzione si accresce a Secondo. Se Quinto premuore, Sesto profitterà della sua quota per dritto di accrescimento. Dapoichè si dovrà sempre preferire a'congiunti *re tantum* quelli, che sono doppiamente congiunti *re et verbis*. Che se Terzo è premorto, siccome egli è veramente disgiunto dagli altri, la sua porzione accresce a tutti gli altri, però di tal modo, che coloro, che sono compresi nella medesima disposizione, *eadem*

(1) *Loc. cit.*, n.i 550 e 556.
(2) *Donaz. testam.*, cap. 6, sez. 5, § 5 *in fine.*
(3) Si cita in appoggio un arresto della corte di Torino de' 26 di agosto 1806 (Devill., 2, 2, 168), forse perchè a causa della generalità de' suoi termini sembra involvere tutt' i casi di congiunzione. Ma il decisionista non avendo narrato i fatti, non si sa, se nella specie la congiunzione era *re et verbis*, o *verbis tantum*. Questa è una rincrescevole, omissione.
(4) *Sopra*, n. 418. Toullier, t. V, p. 695. Proudhon, *Usufrutto*, t. II, n. 643 Vazeille, n. 7, sull' art. 1044. Dalloz, *Disposizioni tra vivi*, ecc. cap. 9, sez. 4, n. 23, Poujol, n. 9, sull' art. 1044.
(5) Proudhon, *loc. cit.* Dalloz, *loc. cit.* Vazeille, *loc. cit.*
(6) Modestino, l. 41, *in principio*, D., *De legat.*, 2°. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 361, n. 429. Ricard., part. 3, n. 535. Furgole, *loc. cit.*, n. 89.
(7) L. 89, D., *De legat.*, 3°.
(8) V. qui sopra, n. 2 65.
(9) Olzio, *Dissertazione sul dritto di accrescere* (Thémis, t. IX, p. 235 e seg.)
(10) Sulla legge 16, D., *De legat.*, 1°.
(11) « *Conjuncti unius personae funguntur.* » (Ulpiano, l. 34, D., *De legat.*, 1°.)

figura orationis, non possono contare, che per un sol capo, che ha dritto al quarto. Che se premuore Settimo, Ottavo profitterà della sua porzione, quantunque le parole *aequis partibus* sembrano operare disgiunzione; ma in questo caso particolare, come spiega Cujacio, bisogna intenderle nel senso di avere voluto il testatore, che Settimo ed Ottavo fossero ammessi *in solidum* alla medesima quota, *per modum unius*. Ed in effetti questa designazione è puramente dimostrativa, ed è ripetuta fatta unicamente nel punto di veduta dell'esecuzione del legato e nel caso di concorso. *Illa adscriptio est demonstratio quaedam* (1). Del resto è questo un modo di vedere, che abbiamo incontrato più sopra (2), e che si riproduce sovente nella giurisprudenza.

Rimarcheremo inoltre, che questa difficoltà, risultando da un bizzarro miscuglio di congiunzioni, raramente si presenterà sotto del Codice.

2183. Il dritto di accrescere merita un esame particolare, quando le disposizioni sono in usufrutto (3).

Il dritto di accrescere in questa materia è fondato su' medesimi principii, che in materia di proprietà, vale a dire sulla solidarietà delle disposizione fatta a due o più persone chiamate congiuntamente *re et verbis*, o *re tantum* (4).

Però aveva ricevuto dalle leggi romane talune rimarchevoli modificazioni, che ne alteravano gli effetti, e che sono dettagliate nel titolo del Digesto *De usufructu accresc.*

2184. Una prima singolarità dev'essere notata.

Quantunque gli usufruttuari avessero accettato e raccolto, ciascuno la sua porzione, se una di queste porzioni veniv'a vacare dopo dell'accettazione, la porzione vacante accresceva agli altri usufruttuarii, benchè fosse diversamente ne' legati di proprietà, ne'quali il dritto di accrescimento cessa dal momento, in cui le porzioni sono acquistate da tutt'i legatari mercè l'accettazione (5).

La ragione, che si dava di tal differenza, si era, che la proprietà consiste più in dritto, che in fatto, e che pel contrario l'usufrutto consiste ne' fatti di possesso, che si rinnovano giornalmente; che per conseguenza il concorso divide di pieno dritto la proprietà nella sola volta, che ha luogo, mentre nell'usufrutto i fatti rinnovandosi ogni giorno, il concorso deve rinnovarsi ugualmente, e che per conseguenza se viene a non aver più luogo, il concorso precedente non impedisce, che le cose non siano intiere per lo dritto di accrescere (6).

Queste ragioni, checchè se ne sia detto, hanno un gran valore, ed a nostro avviso sono abbastanza forti, onde nella nostra giurisprudenza non si diparta dalla decisione delle leggi romane.

Si può aggiungervi, che i legatari dell'usufrutto sono impossessati *ab initio* della totalità dell'usufrutto, che è stato loro legato congiuntamente, e che quindi in caso di morte di uno de' collegatari, gli altri debbono continuare a godere dell'usufrutto intiero *jure non decrescendi*. Tanto più che l'usufrutto ha un carattere, che fa, ch'esso si leghi più alla persona, che al fondo; « *jus personale* » diceva Cujacio. *quod cohaeret personae* (7) ». Le persone degli usufruttuari sono una c'osse distinta dai nudi proprietari, sicchè ne resta uno l'usufrutto ripugna a consolidarsi con la proprietà.

Su qualcuno di queste ultime considerazioni è soprattutto fondato un arresto della Corte di Cassazione, ch'è importante di citare qui (8):

« Attesochè col suo testamento de'23 di settembre 1829 il generale de Segond ha legato a suo fratello Paolino de Segond ed a Luisa de Segond sua sorella congiuntamente, 1° la proprietà di tutta la sua mobiglia, biancheria ec.; 2.° il godimento di tutti gli altri suoi beni mobili, crediti, fondi in rendite sullo stato, argenteria, e di tutt'i suoi immobili:

« Attesochè con questa disposizione i legatari in quel che concerne il legato di usufrutto, sol oggetto della causa, sono stati *ab initio* impossessati della totalità di questo usufrutto, e che conseguentemente la Signorina Paolina de Segond ha dovuto conservare l'integrità del godimento degl' immobili legati da suo fratello, non a titolo di accrescimento, ma per lo motivo, che a'termini del testamento questo legato non era suscettibile di decrescimento. Attesochè inoltre non è necessario di esaminare, se l'accrescimento ha luogo pe'legati congiunti di usufrutto, come per quelli della proprietà, dapoichè la difenditrice eventuale ripete il suo dritto non dalla legge, ma dal testamento di suo fratello. Attesochè pure l'arresto impugnato dichiara in fatto, che in questo senso il testamento

(1) Cujacio, *loc. cit.*
(2) *Sopra*, n.i 2173 e seg.
(3) *Sopra*, n. 1913.
(4) Ulpiano, l. 1 *proaem.*, e § 3. *De usuf. accresc.* Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 237, n. 1. Voët, *ad Pand.*, *De usuf. accresc.*, n. 1. Ricard, part. 3, n. 522. Furgole, *loc. cit.*, n.i 48 e seg.
(5) Ulpiano, l. 1, § 3, D., *De usuf. accresc*', Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 229, n. 10.
(6) Voët, *loc. cit.*, n. 4. Ricard, *loc. cit.*, n. 524. Furgole, cap. 9, n. 50.
(7) Sulla legge 33, § 1. D., *De usuf. et quemad.* (*Quaest. Papin.*, lib. 17). V. anche la legge *penult*, C., *De usuf.*
(8) Arresto del 1° luglio 1841 (Devill., 1841, 1, 851).

« è stato inteso dallo stesso attore, che ha riconosciuto con più atti formali, che la totalità dell'usufrutto appartiene a suo Zio ;

« Rigetta. . . . ».

Quest'arresto ha voluto risolvere la quistione solamente in fatto. Ma la circostanza di congiunzione, sulla quale si fonda, è necessariamente supposta esistere qui, sia *re et verbis*, sia *re tantum*, e quindi si perverrà sempre al medesimo risultamento (1).

2185. Un'altra singolorità stabilita dal diritto romano, è che in materia di usufrutto l'accrescimento lo luogo di farsi alla porzione, come nel legato di proprietà, si faceva alla persona. Così se colui, al quale la porzione dell'usufrutto era stata lasciata, veniva a perderla, e che un'altra porzione divenisse vacante, questa nuova porzione accresceva alla persona del collegatorio dell' usufrutto, nonostante la perdita della prima porzione (2). Questa decisione è noiosa con la regola, messa ol numero precedente, e prende il suo fondamento nel entratere personale dell'usufrutto; e noi pensiamo che debba aver posto nel dritto moderno.

Così supponiamo, che un legato di usufrutto sia stato fatta a Primo e Secondo, e che per effetto d' una sentenza Primo sia stato privato della sua porzione di usufrutto; se il suo collegatario viene a mancare, la parte di quest'ultimo non accresce meno a Primo: « *Pars enim* « *colegatarii ipsi accrescit* (*qui se liti obtulit*) « *non domino proprietatis. Ususfructus enim* « *personae adcrescit, etsi fuerit amissus* (3) ». Vi è una decisione simile di Papiniano (4).

2186. Bisogna ora vedere in quali ordini di disposizioni il dritto di accrescere ha luogo.

Il dritto di accrescere ha luogo solamente nelle disposizioni testamentarie e di ultima volontà. Non parliamo delle successioni *ab intestato*, ov'è regolata da testi, che non sono del nostro subbietto (5).

In quanto ai contratti ed alle donazioni tra vivi il dritto di accrescere non vi ha luogo. Ciò domanda una spiegazione.

Ed in effetti vi è luogo al diritto di accrescimento solamente quando la disposizione non produce effetto pel rifiuto o la impossibilità di riceverla. Ora nei contratti e nelle donazioni le cose non possano mai essere al punto di mancarsi, se vi è luogo al dritto di accrescimento, perciocchè il contratto o la donazione è stata o non accettata. Se non è stata accettata, non vi è nè contratto nè donazione relativamente a colui, che non ha accettato; la disposizione è nulla, e non può produrre verun effetto; epperò non può servire di base al dritto di accrescimento (6).

Se il contratto e la donazione sono stati accettati, neppure vi è luogo al dritto di accrescere, e la cosa passa agli eredi dell'accettante (7).

Nulladimeno se risultasse formalmente dai termini della donazione, essere essa fatta *in solidum* a ciascuno dei donatari, la non accettazione dell' uno non potrebbe nuocere all'altro, perocchè l'accettante avrebbe accettato per lo intiero, e conserverebbe il tutto meno per dritto di accrescimento, che *per jus non decrescendi* (8).

Ma questa presunzione non può essere facilmente ammessa, perciocchè nelle donazioni, che sono dei veri contratti, i termini debbano interpretarsi *quantum sonant*, e solamente quando fosse ben chiaro, che la donazione è stata fatta *in solidum*, si dovrebbe ammettere il dritto di accrescimento.

2187. In quanto alle instituzioni contrattuali, siccome esse producano gli stessi effetti del testamento, niun dubbio che il dritto di accrescere debba essere ammessa (9).

2188. Ma donandosi con delle disposizioni testamentarie ed di ultima volontà, vi è da stabilire una gran differenza tra l'accrescimento, che ha luogo nelle disposizioni universali e quello, che ha luogo nei legati particolari.

Tra legatari particolari l' accrescimento è subordinato alle condizioni rigorose di congiunzione, messe negli articoli 1044 e 1045 del codice Napoleone. La congiunzione è una eccezione, che riposa sulla volontà del testatore, e questa volontà non ha una base salida, che quando si produce nella forma e con le circostanze, che il legislatore ha esatta per avere le migliori garentie di certezza.

(1) Coin-Delisle, n. 10 sull'art. 1044. *Contra*, Merlin, Repert., v° *Usufrutto*, § 3, art. 1, n. 5. Grenier, n. 353. Proudhon, *Usufrutto*, t. II, n. 675. Toullier, t. V, n. 699. Delvincourt, nota 8, sulla p. 93. Favard, v° *Testamento*, sez. 3, § 3. Vazeille, n. 11, sull' art. 1044.

(2) Ulpiano, l. 10, D., *De usuf. accrescendo*. Papiniano, l. 33, § 1 *in fine*, D., *De usuf. et quemadm.* Paolo. l. 11. § 2, D., *De except. rei judicat.* Furgole, cap. IX, n. 51. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 339, n. 11.

(3) Ulpiano, l. 10, *loc. cit.*

(4) L. 33, § 1, *loc. cit.*, e Cujacio, lib. 17. *Quaest. Papin.*

(5) Art. 786 del Cod. Nap. (a).

(6) « *Si pluribus simul res una vel omnia bona donentur, et unus eorum donata non acceptet, portio ejus haud quaquam accrescit coeteris, sed magis extra donationis causam manet....* » (Voet, *ad Pand.*, lib. 39. t. V, n. 14).

(7) L' avviso, che si è enunciato, è quello di Dumoulin *sopra Parigi*, § 78, *glossa* 4, n.i 35, 37 e 38. di Cujacio, *Recitation solenn.*, sulla legge 64, D., *De contrah. empt.*; di Perezin, *Annotationi nel Cod.*, *De caducis toll.*, n. 9 ; di Voet, *loc. cit.*, n. 14, e di Furgole, *Quest. sulle donaz.*, *quist.* 1. n. 18.

(8) Furgole, *loc. cit.*, n. 21.

(9) Furgole, cap. 9. n. 51. presso Dumoulin, *su Auvergne*, t. XIV, art. 17. Ricard, part. 3, n. 584. E. Delaurière, cap. 4. *Dell' istit. e sostit.*, n.i 14 e seg. *Infra*, n. 2362.

(a) Art. 703 delle Leggi civili. *Il trad.*

Ma tra legatari universali queste condizioni speciali non sono necessarie. Il carattere universale della disposizione le rimpiazza per la sua latitudine e la sua energia, e l'accrescimento si opera non già in virtù degli articoli 1044 e 1045, ma in virtù della universalità del titolo, che assorbisce tutto per questo solo, che è universale. Quando dunque si tratterà di un legato universale fatto a più persone, non bisognerà decidere la quistione di accrescimento tra loro con le condizioni strette della congiunzione, che sono la regola dei legati particolari. Questa è un'osservazione, che abbiamo avuto già occasione di fare nel nostro comentario dell'art. 1003 (1), e che soprattutto ci viene rammentata da due arresti della corte di cassazione dei 19 di ottobre 1808 (2) e 14 di marzo 1815 (3).

Nella specie del primo arresto il testatore aveva istituito con una sola disposizione i suoi tre nipoti « per fare egli diceva, e disporre « della mia intiera eredità dopo la mia morte « per porzioni uguali a loro volontà, pagando « i miei debiti. »

Nella specie dell' arresto del 1815 il testatore aveva istituito per legatari universali un fratello ed una sorella « onde godersi da loro e disporsi dei miei beni, era detto nel testamento, per uguali porzioni. »

È evidente, che in questi due casi i legatari essendo chiamati alla universalità dalla volontà del defunto, profittavano della parte dei loro collegatari premorti per la sola forza del loro diritto alla universalità. Epperò solo per uno eccesso d' inutile diligenza la corte di cassazione ha creduto dovere constatare nelle due decisioni, con le quali ha consagrato il dritto di accrescimento, che il testatore aveva congiunti i suoi legatari universali con una congiunzione *re et verbis*. Qui l' accrescimento risulta dalla universalità; o il legato è universale, o non lo è. Se è universale (ed è evidente, che lo è, se si vuole combinarne i termini con l'articolo 2003), attira a lui per l' energia dell'universalità la parte dei mancanti.

2189 Del resto vi sono certe disposizioni testamentarie, che non sono suscettibili per loro natura del dritto di accrescimento.

Tali sono i legati di alimenti; dapoichè se il legato di alimenti comprendesse qualche cosa dippiù di quello, che si è giudicato necessario per questa destinazione, cesserebbe di essere legato di alimenti ed in effetti è questo come dice Voet (4) un legato limitato ai bisogni di colui, cui è fatto.

2190 Taluni autori hanno pensato, che il dritto di accrescere non ha luogo nei legati di quantità (5). Ma questa eccezione è nullamente fondata (6). D'altronde il codice non la fa, nè potrebbe essere sostenuta d'alcuna solida ragione (7).

2191. Il testatore può proibire il dritto di accrescimento, perciocchè questo dritto è fondato sulla volontà presunta del testatore, e questa volontà, che ha potuto formarsi, può anche distruggersi.

Così se il testatore, dopo di avere dato il fondo Corneliano a Tizio ed a Sempronio congiuntamente, aggiungesse di sostituire volgarmente Cajo a Sempronio, è evidente, che il dritto di accrescimento sarebbe stato molto lontano dal pensiero del testatore, perchè la sostituzione è più forte del dritto di accrescere (8).

Articolo 1046 — (1001)

Le medesime cause, che giusta l'art. 954, e le due prime disposizioni dell'art. 955 autorizzano la dimanda di rivocazione delle donazioni tra vivi, saranno ammesse per la dimanda di rivocazione delle disposizioni testamentarie.

Articolo 1047 — (1002)

Se questa dimanda è fondata su di un'ingiuria grave fatta alla memoria del testatore, essa dev'essere intentata nell'anno, a contare dal giorno del delitto (a).

(1) *Sopra*, n. 1773.
(2) Devill., t. II, 1, 590.
(3) Devill., t. V, 1, 27. Già citati i due arresti nelle nolo, *sopra*, n. 1769. V. ancora n. 2175.
(4) « ..... *Adeoque de alimentorum legato, in quo « non ita jus accrescendi vigere, naturali ratione manifestum est, cum unus ob defectum seu mortem alterius colegatarii duplicatis non videatur saturandus « alimentis, sed magis, uti in agris limitatis alluvio « cessat, ita et in alimentis ad unius hominis alendi « necessitatem limitatis; maxime cum jus accrescendi « allacionibus assimilitatum sit.* » (Voet, *De usufrut. accresc.*, n. 3.) — « *Cum testator in alimentis legavit, « videtur voluisse ne ultra modum alimentorum quisquam habeant singuli legatarii.* . » (Mantica, *De conject. ult.*, *vol.*, l. 10, t. III, n. 21 e seg.) — Mantica aggiunge la seguente citazione di Baldo. « *Neque enim quisquam potest habere duos stomachos.*
(5) Bartolo, Baldo, Paolo, di Castro sulla legge 16, § 2, D., *De legat.*, 1° Mantica, *De conject.*, l. 10, t. III, n. 29.
(6) Ricard, part. 3, n. 521.
(7) Non già perchè si trattava di un legato di quantità la corte di Tolosa nell' arresto citato nel n. 2176, ha deciso, che il legato di 3000 franchi fatto a' due fratelli Hollin non produceva accrescimento, ma perchè risultava dall' intenzione del testatore di non esservi luogo ad accrescimento.
(8) Furgole, cap. 9, n. 114. Duaren. *De jure accresc.* l. 2, cap. 16. Mantica, *loc. cit*, l. 4, t. XII, n. 30.
(a) Corrispondono questi due articoli agli 1031 e 1032, delle Leggi civili, a' quali sono uniformi. *Il trad.*

Digitized by Google

SOMMARIO

2192. Le disposizioni testamentarie sono rivocabili per inesecuzione delle condizioni e per fatti di ostilità.
2193. Rinvio.
2194. L'azione di rivocazione per inesecuzione delle condizioni può essere esercitata da tutti coloro, che vi hanno interesse.
2195. Della rivocazione per fatti di ostilità.
2196. Bisogna, che le inimicizie siano grandissime per produrre la rivocazione.
2197. *Quid* della separazione personale.
2198. Opera essa di pieno diritto la rivocazione delle disposizioni testamentarie?
2199. Delle ingiurie, che si dirigono alla memoria del testatore.
2200. Che cosa bisogna intendere per ingiuria grave fatta alla memoria del testatore.
2201. *Quid* del fatto di avere derubato degli oggetti dipendenti dalla successione.
2202. A chi appartiene il diritto di dimandare la rivocazione per causa d'ingratitudine
2203. Del termine accordato agli eredi per esercitare quest'azione.
2204. Quale sarà la prescrizione del termine, se il fatto di ostilità si dirige non alla memoria, ma alla persona del testatore.
2205. In ogni caso l'azione degli eredi non sarebbe ammessibile, se il testatore avesse perdonato.
2206. I testamenti sono rivocabili per sopravvenienza de' figli? Distinzione.
2207. *Quid* se il testatore non avendo figli, gliene sono sopravvenuti dopo del testamento o prima della sua morte.
2208. *Quid* se il testatore è morto senza figli, ma sapendo, che sua moglie era incinta?
2209. *Quid* infine se è morto, ignorando la gravidanza di sua moglie?

COMENTARIO

2192. Riferendosi agli articoli 954 e 955 del Codice (a) l'articolo 1046 c'insegna, essere le disposizioni testamentarie rivocabili.

1.° Per inesecuzione delle condizioni imposte al legatario;

2.° Quando il legatario si rende colpevole verso di colui, che lo ha gratificato di atti incompatibili col suo benefizio. Per esempio se il legatario ha attentato alla vita del testatore, ovvero se si è abbandonato verso di lui a delle sevizie, de'delitti, o delle ingiurie gravi, anche quando secondo l'art. 1047, queste ingiurie si dirigerebbero non alla sua persona, ma alla sua memoria.

Il Codice non ha fatto figurare il rifiuto di alimenti tra le cause di rivocazione delle disposizioni testamentarie, perciocchè la natura delle cose vi fa ostacolo, il testamento non avendo effetto, che dopo la morte del testatore.

2193. Non abbiamo bisogno di riprodurre qui, in quanto concerne gli effetti dell'inesecuzione delle condizioni in materia di legato, quello, che abbiamo esposto sia nel nostro comentario dall'art. 900 sull'adempimento delle condizioni apposte nelle disposizioni testamentarie (1) sia nel nostro comentario dell'art. 954 sullo stesso subietto, considerato sotto il punto di vista delle donazioni tra vivi (2); vi rinviamo (3).

2194. L'azione di rivocazione delle disposizioni testamentarie per inesecuzione delle condizioni, può esser esercitata da ogni persona, che vi abbia interesse, per esempio dall'erede legittimo contra il legatario universale gravato di condizioni e di pesi (4); dal legatario universale contra i legatari particolari, che non soddisfano a'pesi, loro imposti; e dagli stessi legatari particolari contra coloro, della cui quota profittano in caso di caducità.

2195 Veniamo alla rivocazione per fatti di ostilità, la quale ha la maggiore analogia con la rivocazione delle donazioni per causa d'ingratitudine; si troverà la ragione filosofica ed i principali esempi di questa ultima causa di rivocazione nel comentario dell'art. 955 (5). Il lettore potrà compiacersi di riscontrarlo.

Nulladimeno bisogna arrestarsi qui su taluni punti particolari, che si fanno rimarcare nella rivocazione delle disposizioni testamentarie.

E dapprima vi si considera l'ostilità del legatario sotto di un doppio aspetto: 1.° quando risulta da fatti, che si dirigono alla persona stessa del testatore; 2.° quando questi fatti si dirigono alla sua memoria.

Sul primo punto si scorge a primo colpo di occhio, che i fatti di ostilità imputabili al legatario non possono sempre essere qualificati d'ingratitudine nel senso proprio della parola. L'ingratitudine suppone la conoscenza del benefizio. Ora il testamento essendo segreto di sua natura, il legatario può ignorare le disposizioni benefiche del testatore. Ma importa poco, che il legatario non sia ingrato, basta, che sia ostile, basta, che abbia presa un'attitudine ne-

(a) Leggi civili articoli 879 e 880. *Il trad.*
(1) N.i 561 e seg.
(2) N.i 1287 e seg.
(3) V. inoltre un arresto di Grenoble de' 16 maggio 1842. (Devill., 1843, 2, 279), che decide, poter dimandarsi la rivocazione delle disposizioni testamentario contra il legatario universale, che incaricato dal testatore di elevare un monumento alla sua memoria, trascura di adempiere questo peso.
(4) Grenoble, 16 maggio 1842 (Devill., 1843, 2, 279).
(5) N.i 1301 e seg.

mica verso colui, che nutriva per lui non altro, che sentimenti benefici. Se non è privato del beneficio per la pena degl' ingrati, lo sarà per la presunzione del cambiamento di volontà da parte del disponente, che non ha potuto testare a favore del legatario, se non perchè credeva alla sua affezione, e che non l' avrebbe gratificato, se l'attentato e la ingiuria fossero preceduti al testamento.

Ciò stabilito, rileviamo una singolarità del dritto romano sul subietto, che ci occupa; perocchè aveva stabilita una differenza a tal riguardo tra le istituzioni di erede ed i legati. Giusta i più costanti testi l'instituzione di erede non era rivocata dalle inimicizie sopravvenute dopo del testamento tra il testatore e l' erede (1). E se ne dava questa ragione (2) (che non è quella di tutti gli autori) (3), cioè che le istituzioni non si rivocavano per la volontà tacita e non solenne del testatore (4). Ma era diverso ne' legati e fedecommessi. Il legatario veniva respinto con l'azione del dolo, quando si erano elevate delle inimicizie tra lui ed il testatore, e tal regola era seguita anche pe'legati fatti in favore di uno de'coeredi (5).

Il dritto moderno non ha ammesso siffatta distinzione, perchè presso di noi le instituzioni di erede non sono, che de' legati, e che la decisione del dritto romano sull'astilità del legatario e del testatore è la sola conforme alla ragione. La legge suppone in tutt' i casi, che il testatore, cui l'erede o il legatario hanno fornita delle cause gravi d'inimicizia, è cambiato di volontà relativamente a loro, e considera la loro dimanda come immorale a causa della loro ingratitudine.

2196. Ma bisogna, che le inimicizie siano capitali o gravissime, dapoichè de'leggieri raffreddamenti non dovrebbero essere presi in considerazione: « *Si quidem capitales vel gravissimae inimicitiae intercesserint, ademptum « videri quod relictum est; sin autem levis « offensa, manet fideicommissum* ». Tal'è la decisione di Ulpiano (6).

L'istoria ci offre un celebre esempio d'ingratitudine; l'attentato di Decimo Bruto su Cesare, che nel suo testamento l'aveva istituito suo erede per sostituzione volgare. Quasi tutti gli assassini di questo grand'uomo avevano un posto onorevole nelle ultime disposizioni del più magnanimo e più clemente de' Romani (7).

Scevola nota un altro esempio d' inimicizia, involgente la rivocazione del legato (8). È il caso, in cui il legatario avesse prodotta contra del testatore un'accusa capitale, e nel quale il testatore fosse morto prima della fine del processo senz'avere rivocato il legato fatto al legatario accusatore.

Si può anche citare il fatto del marito, che istituito legatario da sua moglie, avesse mantenuta una concubina nella casa coniugale (9); imperocchè non vi è ingiuria più crudele. In quanto al caso, in cui la moglie legataria si fosse renduta colpevole di adulterio, si rammenterà quello, che più sopra abbiamo detto su questo punto, ch'è più difficile (10).

Infine per non moltiplicare i dettagli, che possono andare sino all' infinito, termineremo, dicendo, che vi sarebbe pure ingiuria grave ed ingratitudine caratterizzata nel fatto del legataria, che insultasse la moglie del testatore (11).

2197. La separazione personale, che mai avviene senza uno stato di ostilità, che ripugna all'esistenza di un beneficio, conduce necessariamente alla rivocazione delle liberalità testamentarie fatte al conjuge, contra del qual'è stata pronunziata.

Per esempio una moglie ottiene la separazione personale per le più gravi cause. Anteriormente aveva fatto un testamento a favore del suo coninge, e muore più anni dopo senz'averlo rivocato. Non 'à meno vero, che il testamento è rivocato tacitamente a causa del cambiamento di volontà, che le ingiurie e le sevizie, nonchè la separazione, che la moglie ha voluta mettere tra sè e suo marito, fanno supporre. Qui non si presenta l' obiezione tratta dall'art. 959, ch' è stata la causa involontaria di così lunghi errori nella materia delle donazioni (12)(a). Niuno in questo caso potrebbe contestare l'applicazione dell' art. 1046 e la rivocazione, che pronunzia.

2198. Vi è una sola difficoltà, e consiste nel sapere, se la separazione opera di pieno dritto la rivocazione, ovvero se conformemente allo art. 956 combinato con l'art. 1046 la rivocazione è lasciata alla prudenza del Giudice, arbitro di ricercare e di pesare i fatti, e di esaminare, se il coniuge testatore non ha voluto essere generoso, anche verso di colui, dal quale si è separato (13).

Questa è la quistione esaminata nel n.° 1361,

(1) Papiniano, l. 22, D., *De adim. legat.*
(2) Furgole, cap. 11, n. 107.
(3) Voët, *ad Pand.*, *De adim legat.*, n. 3.
(4) Paolo, l. 36, § 3. D., *De testam. milit.*
(5) Papiniano, *loc. cit.* Ulpiano, l. 5, § 11, D., *De adim. legat.*, Pothier, *Pand.*, t. II, p. 430, n. 2. Ulp., l. 9, D., *De his quae ut ind.* Voët, *loc. cit.*
(6) L. 3, § 11, D., *De his quae ut ind.* Pothier, *Pan.* t. II, p. 430, n. 2.
(7) Svetonio (Cesare), 83.

(8) L. 31, § 2, D., *De adim. legat.*, Pothier, *Pand. loc. cit.*, n. 5.
(9) *Sopra*, n. 1336.
(10) N. 1335.
(11) Voët, *ad Pand*, *De adim. legat.*, n. 5. *Sopra*, n. 1316.
(12) *Sopra*, n. 1357.
(a) Leggi civili art. 884. *Il trad.*
(13) « *Nimirum facti quaestio est; nam potest nec « repudiatae adimere voluisse.* » (Celso, l. 3, D., *De auro et argent. legato*).

Digitized by Google

che si trova trasportata nelle liberalità testamentarie; il dritto romano non potrebbe troncarla in un modo assoluto. I divorzi *bona gratia* e le ripudiazioni semplici erano cause di rottura del matrimonio, che non implicavano necessariamente una causa di ostilità tra' coniugi, che si separavano: il marito aveva potuto ripudiare sua moglie senza torle il compenso d'una liberalità.

Vi erano dunque delle quistioni di fatto, che venivano a mescolarsi alle dissoluzioni del matrimonio mercè il divorzio, ed il Giudice era chiamato ad indagare qual'era stata la volontà presunta del testatore (1).

Egli è vero, che Ulpiano sembra decidere in una maniera generale, che il divorzio scioglie e rivoca il legato. Ed in effetti discutendo un caso, in cui il marito ha legato a sua moglie degli oggetti in oro, e nel quale questi oggetti erano stati fusi, comincia dal dire, che restando la materia, il legato non è meno dovuto, ma aggiunge, essere d'uopo, che la donna legataria sia moglie del testatore in tempo della morte di costui. Tal è, egli dice, la decisione di Proculo, ed essa è esatta: « *et verum est; separatio enim dissolvit legatum* (2) ». Ed altri testi, del pari precisi, contengono la stessa decisione per le donazioni a causa di morte, le quali, come si sa, avevano i maggiori rapporti co' legati (3).

Ma è evidente, che Ulpiano ha considerato il divorzio unicamente pel caso più frequente, quello cioè in cui l'inimicizia la collera e la dissenzione mettono i coniugi alle prese. Per lo contrario Celso esaminando il divorzio sotto i suoi diversi aspetti, dichiara, essere mestieri guardarsi dall'essere troppo assoluto, nè doversi dire con Proculo, che la rivocazione ha luogo necessariamente, essere una quistione di fatto, e bisognare ricercare la volontà del testatore: « *Uxori legavit quae ejus causa parata* « *sunt, et ante mortem divortit. Non deberi,* « *quia adempta videntur Procul ait. Nimi-* « *rum facti questio est. Nam potest nec repu-* « *diatae adimere voluisse* (4) ». E questa decisione si conferma con tutt'i testi, i quali dopo di avere consacrato il divorzio *bona gratia*, riconoscono, che i coniugi volendo divorziare di buon accordo, sia per ragione di salute, o di vocazione religiosa o militare, potevano farsi delle donazioni *divortii causa* (5). Per lo che era possibile con più forte ragione, che il divorzio così motivato lasciasse sussistere la liberalità testamentaria od altra, fatta da uno dei coniugi all'altro. Ed è perciò, che diciamo, essere la quistione subordinata all'esame de'fatti, dapoichè, come altrove diceva Ulpiano: « *Ple-* « *rique cum bona gratia discedunt, plerique* « *cum ira sui animi et offensa* (6) ». Il Giudice doveva esaminare queste circostanze, e vedere, se malgrado il divorzio, il testatore era persistito nella sua volontà liberale.

Codeste idee vedevano applicate nei paesi di dritto scritto al caso di separazione personale, che aveva rimpiazzato il divorzio. E doveva essere così, perchè nell' antico dritto francese la separazione personale non rivocava *ipso jure* i lucri tra i coniugi, ed era soltanto un fondamento per l' azione rivocatoria (7).

Ma veniamo al codice; l'art. 299 del codice Napoleone è così concepito :

« Per qualunque causa il divorzio abbia luo- « go, fuori il caso di consenso reciproco, il « coniuge, contro del quale il divorzio sarà « stato ammesso, perderà tutti i lucri, che « l' altro coniuge gli aveva fatto, sia col con- « tratto di matrimonio, sia dapochè il matri- « monio era stato contratto » (a) Qui il dubbio non è più ammessibile, ed il divorzio agisce con una forza di dissoluzione, che vince tutto.

Ora abbiamo veduto più sopra, che questo articolo, sebbene emesso per il divorzio, è anche una regola per la separazione personale(8). Da un'altra parte queste parole « tutti i lucri » offrono un senso generale, che si applica ai due modi di disposizioni sia tra vivi sia per testamento Ed in effetti, secondo Ferriere (9), si chiama lucro diretto una donazione od un legato fatto direttamente e nominalmente ; si chiama lucro indiretto un dono o un legato fatto a delle persone interposte, ecc.

Ed anche in questo doppio senso l' art.282 della consuetudine di Parigi si serve della parola vantaggiare. Infine l' art. 1079 del codice (b) ritiene nel medesimo senso la parola vantaggio, e basta per convincersene di ravvicinare questo articolo all' articolo 1076 (c).

Si obietta, che l' art. 299 parla dei vantaggi fatti, e che gli articoli seguenti parlano di vantaggi stipulati. Ora, si dice, un atto incompleto è sempre rivocabile, nè può essere considerato come un vantaggio fatto, come un vantaggio stipulato.

(1) Celso, l. 3. D., *De auro legat.*

(2) L. 49, §§ 5 e 6, D , *De legat.*, 3°.

(3) Ulpiano, l. 11. D., *De donat. inter vir. et uxor.* Hermog, l. 62, D., *eod. tit.*

(4) L. 3, D . *De auro.*

(5) V. i testi. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 42, n. 23.

(6) II. 32, § 10, D., *De donat. inter vir. et uxor.*

(7) Merlin, Repert°, v° *Separaz. personale*, § 4.

(a) L' art. 228 delle leggi civili ripete la medesima disposizione pel caso di separazione personale, se non che non fa la eccezione fatta dal codice francese relativamente alla separazione personale pel solo consenso reciproco de' coniugi, autorizzata dall' art. 222 delle medesime leggi. *Il trad.*

(8) N. 1361.

(9) Dizionario di pratica, parola *Lucro*.

(b) Art. 1055 delle Leggi civili. *Il trad.*

(c) Leggi civili art. 1052. *Il trad.*

Digitized by Google

Il signor Chabot ha risposto a questa obiezione in questo modo (1).

« È verissimo, che il testamento durante la « vita del testatore non è altro, che un semplice « ce progetto di disposizione, poichè è sempre « rivocabile, nè produce effetto, che in morte « del testatore; ma se ne risulta, che la disposizione, « sizione, che contiene, non ha un' esistenza « reale e diffinitiva, che nel momento, in cui « il testatore muore senza averlo cambiato o « rivocato, non ne risulta ugualmente, che il « testamento non sia stato un atto sino alla « morte del testatore, e che debba essere ri« putato fatto materialmente solo in questa e« poca, e solo allora prenda il carattere e l' e« sistenza di atto. La fazione del testamento e « la disposizione sono due cose assolutamente « distinte... La fazione del testamento è reale, « diffinitiva, e consumato, nel momento, in cui « ha luogo. L' atto essendo fatto, non è possi« bile, che non esista sia da questo momento « e che non sia riputato fatto, in un' epoca « posteriore, perchè non è possibile, che quello, « che è, non sia. »

Aggiungiamo a questa risposta del signor Chabot, che le parole « vantaggi stipulati », che si trovano negli articoli 300 e 301 (a), e che sembrano escludere l' idea di trattarsi di vantaggi testamentari, non potrebbero avere verun effetto sul senso delle parole adoprate dall'art. 299 (b) « tutti i vantaggi ». Dapoichè questo ultimo articolo intende parlare in una maniera generale di tutti i vantaggi fatti tra coniugi, e gli articoli seguenti si occupano più particolarmente di taluni di questi vantaggi. Dal non essere quistione di legati negli articoli 300 e 301, non ne siegue, che l' art. 299 non abbia voluto comprenderli, servendosi di queste espressioni « tutti i vantaggi ».

Del resto la quistione è stata troncata da un arresto della Corte di cassazione de' 5 di decembre 1849 (2) nella seguente specie.

La signora Nicol maritata nell' anno 12 al signor di Bouscatel, aveva fatta pronunziare la sua separazione personale nel 1824 per le più gravi cause. Nel 1847 muore senza figli. I suoi eredi naturali si dispongono subito a dividere la sua successione; ma il marito interviene, e produce un testamento olografo, datato nell'anno 13, mercè del quale sua moglie lo istituiva suo legatario universale. Questo testamento inatteso doveva sopravivere alla separazione personale, ovvero la separazione personale lo aveva rivocato *ipso jure?* Tale era la quistione?

L' arresto della corte di cassazione è così concepito:

« Attesochè è una regola incontestabile, che « l' art. 299 del codice civile (c) nel titolo del « divorzio deve ricevere la sua applicazione al « caso di separazione personale; »

« Attesochè questo articolo dispone, che « ecc.; »

« Attesochè queste espressioni della legge « sono generali, e si applicano a tutti i van« taggi, che i coniugi si sono fatti dopo l' esi« stenza del matrimonio senza distinguere tra « le donazioni e le disposizioni testamentarie; »

« Attesochè nell' essenza di ogni distinzione « fatta dall' articolo 299 tra le diverse nature « ed i differenti modi di vantaggi, è impossi« bile di non riconoscere, che il legislatore ha « voluto comprendervi ugualmente i doni e le « liberalità fatte pel presente e per l' avvenire, « e derivanti da testamenti, come da donazio« ni tra vivi; »

« Che in effetti i motivi, che hanno inspirata « questa disposizione, che ha avuto per ob« bietto di punire l' infrazione delle leggi e « dei doveri del matrimonio, e di soddisfare « la morale pubblica, non permettendo ad un « coniuge indegno di profittare della liberalità « n lui fatta dal coniuge, le cui speranze ha « ingannato, si applicano a tutte le nature ed « a tutti i modi di liberalità o di vantaggi, e « che è impossibile di ricusare il carattere della « liberalità o del vantaggio ad una disposizio« ne testamentaria, con la quale un coniuge « istituisce suo legatario l' altro coniuge;

« Attesochè vanamente si sostiene, che ai « termini dell' art. 1035 del codice civile il « testamento non può essere rivocato, che da « un testamento posteriore o da un atto conte« nente dichiarazione di cambiamento di vo« lontà del testatore; che in effetti quest' ar« ticolo costituisce il dritto comune, che deve « essere applicato, salvo il caso in cui la leg« ge pronunzia la rivocazione di pieno dritto; « che quando questa rivocazione esiste, il te« statore non ha bisogno di fare ciocchè la « legge ha fatto per lui;

« Attesochè da quanto precede risulta, che « l' arresto attaccato, nel pronunziare la rivo« cazione del testamento, fatto a favore del« l' attore dal suo defunto coniuge, per effetto « della separazione personale contro di lui « pronunziata nel 1824, e nell' applicare a « questo testamento la disposizione dell'artico« lo 299 del codice civile, ha fatto una giu« sta applicazione di quest' articolo, e non ha « violato veruna legge;

« Per questi motivi rigetta ecc. »

2199. Ora bisogna parlare delle ingiurie, che si dirigono alla memoria del testatore, le quali non hanno minore gravità di quelle,

(1) *Quistioni transitorie*, p. 394.
(a) Leggi civili art. 229 e 230. *Il trad.*
(b) Leggi civili art. 228. *Il trad.*
(2) Quest' arresto renduto sulle uniformi conclusioni dell' avvocato generale Nicia Gaillard si trova nel precitato articolo della *Rivista di legislazione*. V. pure in Devill., 50, 1, 5.
(c) Leggi civili art. 228. *Il trad.*

Digitized by Google

che sono state fatte alla sua stessa persona, e la legge sarebbe stata incompleta, se non le avesse prese in considerazione; perciocchè a causa della sua liberalità il testatore è riputato vivere agli occhi del legatario. Noi siamo qui nel caso d'ingratitudine propriamente detta. Il legatario sa quello, che il testatore ha fatto per lui, e nondimeno paga il beneficio con l'ingiuria. In presenza di un' ingratitudine, così precisamente caratterizzata, la rivocazione ha luogo non più per la supposizione di un cambiamento di volontà, ma per la causa preveduta dall' art. 955 del codice Napoleone (a).

È vero, che nel nostro comentario di quest'articolo abbiamo detto, che le ingiurie dirette alla memoria del donante dal donatario non sono suscettibili di essere perseguitate (1). E la ragione si è, che nella donazione l'azione d'ingratitudine dipende dal giudizio sovrano del donante, solo giudice del procedimento o del perdono (2), e che se si autorizzasse un procedimento per fatti postumi, bisognerebbe abbandonare la sorte delle donazioni alla gelosia sovente ingiusta degli eredi, ed attribuire loro un' azione che la legge dichiara intrasmessibile e personale. Ma avviene diversamente nelle materie testamentarie, perocchè l'azione appartiene a'successori, e per la natura della cose non può appartenere che ad essi soli. La legge nel darla loro, ha dovuto loro concedere la latitudine imposta dalla necessità, nella quale sono messi di vendicare il defunto dagli attentati portati alla sua memoria ed alla sua morale dall'ingratitudine de' suoi legatari.

2200. Talvolta vi è della difficoltà nella quistione di sapere ciò, che bisogna intendere per una ingiuria grave fatta alla memoria del testatore. Per esempio la incondotta della moglie nell'anno del lutto, merita forse una tale qualificazione? Si può dire per l'affermativa: le leggi romane (3) facevano perdere alle vedove, che si rimaritavano o tenevano una condotta impudica nell'anno del lutto i vantaggi, che avevano ricevuto dal loro marito. La nostr' antica giurisprudenza non legò, egli è vero, questa pena alla precipitazione delle seconde nozze; ma serbò il rigore delle leggi romane contro le vedove, che si conducessero impudicamente nell'anno del lutto (4). Il Codice ha serbato il silenzio su tal riguardo; ma l'art. 1047 non mena forse implicitamente al risultamento consacrato dall'antica giurisprudenza? Ed in effetti quale più grave ingiuria alla memoria del marito della condotta sregolata e scandalosa di sua moglie (5)?

Ma bisogna rispondere che l' art. 1047 non è applicabile a questo caso; ed in vero è stato nel pensiero de'redattori del Codice di soffocare gli scandali col non conservare le pene dell'antico dritto contro la donna, che si conduce male nell'anno del lutto (6). La Corte di Nimes ha esposto con forza le ragioni morali e giuridiche di questa decisione in un arresto de' 14 di febraro 1827 (7), del quale ecco i motivi :

« Attesochè la memoria di colui, che riposa « nella tomba non è colpita da'torti altrui, so« pravvenuti dopo della sua morte; che la in« condotta della vedova, comunque sia ripren« sibile, lascia la riputazione del marito piena « ed intiera, tale quale era fissata al termine « della sua vita; che la memoria di questo non « rimane men'onorata, se la era per l'innanzi; « che infine non si può assimilare questa con« dotta alla imputazione al defunto di un fatto « personale, capace di diffamarne la sua memo« ria, e che costituirebbe per conseguenza una « ingiuria grave fatta alla sua memoria; che « inoltre non v' ha ingiuria senza l' intenzione « di offendere, e che la debolezza di una don« na, che oblia i suoi doveri, è un fatto del tut« to indipendente da questa intenzione, ec. ».

2201. Si è dimandato, se vi è ingiuria grave alla memoria del testatore nel fatto di avere derubato degli oggetti dipendenti dalla successione. La quistione elevata in questi termini, non è sostenibile nel senso dell'affermativa, imperciocchè la memoria del testatore non può essere compromessa da un fatto, del quale sono vittima i soli eredi (8). Nulladimeno se avvenisse, che la sottrazione fosse sta'a commessa nell' intenzione caratterizzata di attentare alla memoria del defunto, per esempio per farlo passare per dissipatore e per un debitore di cattiva fede, che ha preso in impronto durante la sua vita delle somme di denaro, che il suo stato d' insolvibilità non gli permetteva di restituire, sarebbe possibile di vedere in questo fatto un'oltraggio, che implicasse la rivocazione del legato (9). Ma questa ipotesi si pre-

(a) Leggi civili art. 880. *Il trad.*

(1) N. 1312.

(2) Art. 957.

(3) Graziano, Valentiniano, e Teodosio l.° l. 2, C., *De secundis nuptiis*. V. Basnage sull' art. 377 della *Consuetudine di Normandia*.

(4) Domoulin, *De feud.* § 42, glos. 1.ª n. 143. Basnago, *loc. cit.* Brettonnier su *Enry*, t. II, p. 462.

(5) *Giornale del Palazzo* in occasione dell' arresto di cassazione de' 14 dicembre 1813.

(6) Il mio *Comentario del contratto di matrimonio*, t. III, n. 1716. *Sopra*, n. 1313.

(7) Devill., 8, 2, 333. V. un arresto di Montpellier, de' 27 agosto 1811, riportato nel 4.° volume di Devill. part. I. p. 490, col. 1. sul subietto di un arresto di cassazione de' 14 dicembre 1813. Bisogna rimarcare, che se adotta una opinione contraria, è perchè renduto sopra fatti anteriori al codice Napoleone.

(8) Cassaz., (cam. civ.), 25 giugno 1822. (Dalloz. *Disposi*. cap. 9, sez., 2, p. 171).

(9) Medesimo arresto.

Digitized by Google

sentirà raramente, perchè un depredatore è mosso piuttosto dal pensiero di arricchirsi, che di nuocere alla riputazione del defunto.

2202. Il dritto di dimandare la rivocazione per causa d'ingratitudine appartiene a tutte le persone, che sono chiamate a profittare della rivocazione, sia gli eredi del sangue, sia gli eredi istituiti secondo i casi.

Qui bisogna insistere su di un'osservazione, che abbiamo fatto più sopra solamente di passaggio (1), ed è, che vi è una rimarchevole differenza tra la donazione ed il legato in quello, che concerne le persone, alle quali appartiene l'azione di rivocazione per causa d'ingratitudine. Nel caso di donazione quest'azione è personale al donante, nè appartiene a'suoi eredi, oltre il caso, nel qual'è stata già da lui esercitata, o quando è morto nell'anno dal delitto (2), mentre in materia di legati gli eredi del testatore possono soli esercitare in tutt' i casi quest'azione. Tale differenza tiene a che la donazione produce degli effetti attuali, e genera de' rapporti diretti tra il donante ed il donatario, laddove per lo contrario il legato non produce effetto, che dopo la morte. Il donatario nell'accettare la donazione ha contratto verso del donante un' obbligazione di non far nulla, che urti il principio stesso della donazione, ed il donante, dal qual' emana la liberalità, tiene e deve tenere in sua mano i mezzi di renderne le condizioni permanenti.

Avviene diversamente nel legato, perocchè il legatario non ha contrattato col testatore, che non si è spogliato; il testatore non ha potuto avere contro di lui un'azione coercitiva, poichè la disposizione è in sospeso, sinchè la morte non è arrivata. Delle due cose l'una; o bisogna lasciare l'ingratitudine impunita, o bisogna incaricare gli eredi di vendicarla.

2203. Ma qual termine avranno gli eredi per esercitare l'azione di rivocazione del legato per causa di ostilità?

A tal riguardo bisogna distinguere, se si tratta di un fatto, che si dirige alla persona del testatore, o di una ingiuria grave diretta alla sua memoria. Quest' ultimo caso è preveduto dallo art. 1047. L'altro non è l'obbietto di veruna disposizione precisa del Codice Napoleone. Cominciamo dal caso, che ha per lui il testo e la chiarezza; esamineremo dopo l'altro, che il silenzio della legge rende più difficile.

L'art. 1047 vuole, che l'azione di rivocazione per causa d'ingiurie dirette alla memoria del testatore sia intentata nell'anno a contare dal giorno del delitto. Ed in effetti in questo caso la rivocazione è fondata sull' ingratitudine del legatario, ed il nostro articolo ha dovuto modellarsi sulle disposizioni dell'art. 957 (a), che estingue con una prescrizione annuale l'azione rivocatoria degli eredi per causa d'ingratitudine. La cagione principale di questa prescrizione abbreviata è la stessa di quella stabilita nel caso di donazione. Nell' uno o nell'altro trattasi di un' azione penale, la quale nell' interesse pubblico deve essere prontamente esaurita (3).

Si può aggiungere quest'altra ragione, che l'erede dev'essere sollecito a vendicare la memoria del defunto. Spett' a lui di fare punire una colpevole ingratitudine con la rivocazione della disposizione. Per lo che deve adempiere con zelo questo pietoso dovere imposto simultaneamente dalla riconoscenza e dalla natura. Se tergiversa, se esita, se lascia passare uno spazio di tempo capace d'indebolire la memoria dell'atrocità dell'offesa, si mostra egli stesso negligente ed ingrato, e la legge lo punisce della sua negligenza, rendendolo irrecettibile nell'azione che mira a fare passare nelle sue mani la cosa legata; si presume, che muovendosi così tardi, è mosso piuttosto da un sentimento d'interesse personale per profittare della liberalità, che dal dovere di vendicare la memoria oltraggiata di colui che rappresenta.

2204. Che se si tratta di un fatto di ostilità relativo, non alla memoria, ma alla stessa persona del testatore, la quistione di sapere, se la prescrizione è annuale, o se per lo contrario l'azione ha la durata ordinaria, è più delicata, comechè il Codice serba il silenzio sulla sua soluzione. Ma tal silenzio non sarebbe forse invece un mezzo di deciderla? Perchè l'articolo 1046, che rinvia agli articoli 954 e 955 del Codice Napoleone (b), non rinvia pure all'art. 957 (c)? Perchè l'art. 1047 ha preso cura di stabilire una prescrizione annuale simile a quella dell'art. 957 per rivocazione risultante da ingiurie postume? E perchè il legislatore non ha estesa questa disposizione a' fatti d'inimicizia, che si sono prodotti in vita del testatore?

La risposta a queste quistioni si trova nella discussione del Consiglio di Stato, ove si rivela la pruova, che se il codice non contiene disposizione, che limiti ad un anno l'azione di rivocazione pel caso, che ci occupa, è perchè non lo ha voluto.

Il progetto del codice conteneva un articolo, così concepito:

« Se la dimanda è fondata sul fatto, che il « legatario era l'autore o complice della morte « del testatore, l'erede deve istituirla nell'an« no a contare dal giorno della morte del te-

(1) N. 1328.
(2) N. 1328, art. 957.
(a) Leggi civili art. 882. *Il trad.*

(3) *Sopra*, n. 1343.
(b) Leggi civili articoli 879 e 880. *Il trad.*
(c) Leggi civili art. 882. *Il trad.*

« statore, se la condanna del legatario è ante« riore, ed a contare dal giorno della condan« na, se è posteriore alla morte. »

« Se è fondata su di un'ingiuria grave fatta « alla memoria del testatore, deve essere inten« tata nell'anno a contare dal giorno del de« litto (art. 125 del progetto).

Il signor Treilhard fece osservare (1) « che « sarebbe contro l'ordine di lasciare un assas« sina godere delle spoglie della sua vittima « per la sola ragione di non essere stata cau« sa venuta per un anno. » In seguito della quale osservazione il signor Tronchet dimandò « che l'azione di decadenza contro del legata« rio avesse la stessa durata dell'azione di « persecuzione del reato, che ha commesso » Sì che il Consiglio cancellò la prima parte dell'articolo, e ne conservò soltanto la seconda parte, che è divenuta l'articolo 1047.

Che conchiudere da questa discussione? Non è chiaro, che l'azione dell'erede per fatti anteriori alla morte non è limitata ad un anno?

D'altronde vi è un grave motivo di differenza tra la prescrizione dell'articolo 1047 e quella,che si applica ai fatti preveduti dall'articolo 1046. L'art. 1047 non si occupa, che di un caso d'ingratitudine; invece contrà un misfatto per un'azione veramente penale e per conseguenza di breve durata. Ma nell'articolo 1046 l'azione non è penale; è fondata sul cambiamento di volontà del testatore,su di una rivocazione, che risale sino a quest'ultimo, e che produce gli stessi effetti della lacerazione del testamento o della rivocazione espressa. Dal che si è ricondotto al dritto comune; ed è quello, che il codice ha compreso ed ha voluto.

Malgrado queste ragioni un arresto della corte di Amiens dei 16 di giugno 1821 (2) ha deciso, che l'azione è estinta con la prescrizione di un anno, e questa opinione è quella di molti autori (3). Noi la concepiamo sino ad un certo punto a causa dell'incertezza, che una prescrizione troppo prolungata può fare pesare sulla proprietà; ma per quanto ci concerne non ci crediamo in dritto di offendere per delle ragioni più a meno speciose la volontà del legislatore, quando è così formalmente dichiarata dagli stessi autori della legge.

2205. Checchè ne sia, l'azione degli eredi fondata sull'ingratitudine risultante da fatti, che si dirigono alla persona del testatore, non sarebbe ammessibile, se venisse provato, il testatore avere perdonato (4). Il perdono può risultare da circostanze molto diverse (5); può essere espresso o implicito e tacito; è questa una quistione abbandonata al criterio del giudice.

2206. Dopo di avere trattato con gli articoli 1046 e 1047 della rivocazione delle disposizioni testamentarie per inesecuzione delle condizioni e per fatti d'inimicizia, c'incontriamo in una quistione, della quale il codice non si occupa, ma che trova qui il suo posto naturale, perchè si lega alla materia delle rivocazioni tacite. Intendiamo parlare della quistione, se il testamento è come la donazione rivocabile per sopravvenienza di figli.

Molti casi si possono presentare: il testatore può avere fatto un testamento prima di avere dei figli, averne in seguito, e ora avere nulla cambiato alla sua disposizione.

Può avere dei figli solamente dopo della sua morte, ma essere morto, avendo avuto conoscenza della gravidanza di sua moglie.

In fine la sua morte puole avvenire,senzachè abbia avuto conoscenza della gravidanza di sua moglie,la quale gravidanza è seguita dallo sgravo postumo.

2207. Sul prima punto, non vi era difficoltà nell'antico dritto romano in quanto riguardava i testamenti (6). Abbiamo veduto, che il testamento non poteva avere effetto,che in quanto conteneva instituzione o diredazione nominativa dei figli nati e da nascere. La nascita di un figlio passato sotto silenzio lo rompeva dunque necessariamente (7).

Era differente nei codicilli; la stessa obbligazione d'instituire o di deredare i figli nati o da nascere non esistendo, la sopravvenienza dei figli non produceva quindi la rivocazione. Giuliano (8) cita il caso di un figlio nato dopo la confezione di un codicillo, e divenuto l'erede suo del testatore, e decide, la nascita di questo figlio non dover essere riguardata come producente la rattura del codicillo. Era la stesso del testamento militare (9) il quale non era soggetto ai rigori del dritto civile.

Tal era pei testamenti ed i codicilli (10) lo stato del dritto antico. Giustiniano introdusse un'importante cambiamento. Volle con la novella 115 (11), che la sopravvenienza di un fi-

(1) Fenet, t. XII, p.402. Locré, t.XI, p.260 o 261.
(2) Devill., 6, 2, 433.
(3) Delvincourt, t.II, p. 101, n. 11. Duranton, t. IX, n. 479.
(4) *Sopra*, n. 1325. Ulpiano, l. 4, D., *De adim. leg.* Pothier, *Pand.*, *loc. cit.*, n. 5.
(5) *Sopra*, n. 1325. Duranton, t. IX, n. 977. Vazeille n. 7 sull'art. 1046.
(6) *Sopra*, n. 739.
(7) *Instit.* § 1, *De exhaered. liberorum.*
(8) L. 3, *princ.*, e § 1, D., *de jure codicill.*
(9) L. 9, C., *De test. milit.*, e Giustiniano, *Instit.*, *De exhaered. liber.*, § 6.
(10) Circa le donazioni a causa di morte era una quistione molto dibattuta tra gl'interpetri quella, se dovevano essere desse assimilate a'codicilli,o se per lo contrario erano rivocate per la sopravvenienza de' figli, come le donazioni tra vivi per applicazione della legge *Si unquam* (v. Furgole, *Donazioni*, *quest.* 12).
(11) Cap. 3 *in fine.*

glio non avesse un effetto rivocatorio sulle disposizioni testamentarie, che un cambiamento quando tali disposizioni fossero universali, e lasciò sussistere i legati e le altre disposizioni a titolo particolare contenute nel testamento, attribuendo loro il medesimo effetto, che in altri tempi i codicilli avevano.

Questi principii erano seguiti in paese di dritto scritto, e l'ordinanza del 1735, art. 53 li mise al sicuro da ogni difficoltà (1).

Ne' paesi consuetudinarii la quistione era considerata sotto un altro punto di vista. Le idee del dritto romano sull'istituzione di erede non vi potevano esercitare influenza, perchè l'istituzione di erede non vi aveva luogo. Ma molti buoni spiriti si appigliavano alla legge *Si unquam* (2), e quantunque essa sembrasse fatta soltanto per le donazioni tra vivi, pure pare loro la espressione di una verità generale, di talchè credevano doverla applicare alle disposizioni testamentarie (3). Ma altri respingevano quest'assimilazione: degli arresti non l'avevano adottata (4), e l'ordinanza del 1733 nel serbare il silenzio sulla rivocazione de' testamenti per sopravvenienza di figli, mentre l'ordinanza del 1731 era stata così esplicita sulla rivocazione delle donazioni per la medesima causa, aveva implicitamente condannata l'estensione, che prima di essa si faceva della legge *Si unquam* alla materia de' testamenti (5).

Oggi quest'ultimo sentimento dev'essere seguito. Le singolarità del dritto romano sulla istituzione di erede sono troppo lontane dalla semplicità della nostra giurisprudenza per essere prese in considerazione. In quanto alla legge *Si unquam*, la cui autorità aveva trasportato alcuni giureconsulti de' paesi consuetudinarî, abbiamo de' testi, che la rimpiazzano, e tutto dimostra, che nel loro pensiero fondamentale la sopravvenienza de' figli non rivoca, che le donazioni tra vivi (6).

2208. Che se il testatore è morto prima della nascita di suo figlio, ma dopo di avere avuta conoscenza della gravidanza di sua moglie e senz'avere rivocato il suo testamento, si deve decidere del pari?

La ragione di dubitare si è, che un testatore apprende imperfettamente dalla speranza di divenir padre che importa esserlo, e che bisogna un obbietto presente, non già lontano e incerto per sentire sin dove può andare l'affezione paterna (7).

Ma questa ragione non era sembrata determinante nè nel dritto romano, nè nell' antica giurisprudenza.

Del resto Donneau diceva (8): *Junge aliquid relictum codicillis ab eo, qui liberos non habebat, deinde posthumum natum; placet nihilominus legata deberi ab intestato ex lege* 16, *Ab intestato, D., De jure codicill.* (9).

Del pari l'antica giurisprudenza non ammetteva, che la sopravvenienza di un postumo dovesse necessariamente rivocare un testamento. Il che è stato deciso da un arresto del Parlamento di Parigi de' 4 di luglio 1764 (10) mantenendo l'esecuzione del testamento del sig. Lapopliniere, appaltatore generale, benchè sua moglie si fosse sgravata qualche mese dopo della sua morte. Un arresto del parlamento di Rouen dei 20 di decembre 1725 aveva pure giudicato del pari in una specie simile (11). In questi differenti casi era provato, che i testatori avevano conosciuto la gravidanza delle loro mogli sufficientemente a tempo per potere rivocare i loro testamenti (12).

(1) Furgole, cap. VIII, sez. 3, n.i 45 e seg. Merlin, Repert., v° *Rivocazione di testam.*, § 2.

(2) Ricard, part. 3, n. 621. Coquille *sul Nivernese*, tit. *Delle donaz.*, art. 13.

(3) Domat, lib. 2, t. 1, sez. 3, n.i 6 e 15 Bretonnier *su Henry*, lib. 5, *quest.* 100. Furgole sull'ord. del 1631, *quest.* 13. Brillon, v° *Testamento*, n. 193.

Il sig. Merlin, v° *Rivocazione di codicillo*, § 3, cita molti arresti antichi.

Non bisognerebbe attaccare molta importanza a quello de' 23 di luglio 1663, che riferisce Ricard: « Un testatore dopo di avere fatto il suo testamento, aveva « avuto un figlio: aveva assistito al battesimo, ed aveva ritirato il suo testamento dalle mani dell'esecutore « testamentario; subito dopo era morto. I legatari di« mandarono il rilascio de' loro legati, ma la corte de« cise, che il testamento era stato rivocato, e che i le« gati pii e rimuneratori dovevano essere soli conser« vati ». (*Loc. cit.*, n. 626).

Si vede, che vi erano delle circostanze particolari, che indicavano la volontà del testatore di rivocare il suo testamento. Ma un arresto de' 7 di gennajo 1725, renduto sulle conclusioni dell'avvocato generale signor Gilbert des Voisin, riferito dal signor Merlin (Repert., v° *Rivocazione di codicillo*, § 5), vindica la quistione in una maniera precisa nel senso della rivocazione.

Una sentenza del Castelletto di Parigi del mese di settembre 1755 la risolve nel medesimo senso (Merlin, *loc. cit.*).

Bretonnier (*loc. cit.*), riassume questo punto di dritto. « I testamenti ne' paesi di consuetudine sono ri« vocati pel benefizio della legge *Si unquam*, secondo « la giurisprudenza degli arresti riferiti da Desmaisons, « Laguerrière et Soefve ».

(4) Il signor Merlin ha esposto benissimo questo stato di cose. (Repert., *Rivocazione di codicillo*, § 3).

(5) Merlin, *loc. cit.*

(6) Merlin, Repert., v° *Rivocazione di testamento*, § 2. Montpellier, 20 aprile 1812 (Devill., 1812, 2, 347).

(7) Boutaric sull'art. 40 dell'ord. del 1731.

(8) Sulla legge *Si unquam*, C., *De revocat. donat.*, n. 20.

(9) Paolo, l. 16, Marcello, l. 19, D., *De jure codicill.*

(10) Denizart, v° *Rivocazione di testam.* Merlin, Repert., v° *Rivocazione di codicillo*, § 3.

(11) Bergier *su Ricard* (Add. alla sez. 4 del cap. 3 *Delle donazioni*, part. 3.

(12) Questi due arresti sono vanamente attaccati in cassazione innanzi l'antico consiglio di Stato (Duranton, t. IX, n. 473).

Digitized by Google

Tale opinione dev' essere seguita presentemente, ed è stata adottata dalla giurisprudenza (1). Ed in effetti si deve assimilare la gravidanza conosciuta alla nascita; perocchè essa basta per isvegliare la tenerezza del padre e per determinarlo a rifare il suo testamento, se lo giudica conveniente. Quando non lo fa, prova, che nell'acquistare la qualità di padre, del resto così cara e tanto desiderata, egli non ha inteso di rinunziare alle altre affezioni della natura.

2209 Arriviamo all' esame del terzo caso, e supponiamo, che il testatore sia morto senza sospettare la gravidanza di sua moglie, e conseguentemente senz'avere potuto pensare a rivenire il suo testamento.

Qui si presenta un altr' ordine d' idee, ed è facile di comprendere, che l' ignoranza della gravidanza è un fatto, che cambia intieramente il punto di veduto. La preterizione fatta *scienter*, come ne'casi precedenti, è il risultamento della volontà sovrana del testatore. La preterizione fatta *ignoranter* è il frutto dell'errore, e l'errore dev'essere riparato. Il che veniva deciso con ragione dalle leggi romane (2) E per esempio Paolo nella legge 36 § 2 *D. De test. melitis* (3) si pronunzia per la nullità delle ultime disposizioni di un militare,che nella ignoranza della gravidanza di sua moglie non aveva fatta menzione nel suo testamento del figlio, che portava nel suo seno: « *Miles in supremis ordinandis, ignorus uxorem esse « praegnantem, ventris non habuit mentio- « nem; post mortem patris filia nata, ruptum « esse testamentum apparuit, neque legata « deberi.* »

L'antica giurisprudenza francese applicava senza difficoltà queste decisioni basate sul'a natura delle cose e sulla ragione (4). Solamente si può osservare con Maynard, che la presunzione d'ignoranza non si ammette facilmente, perocchè, egli dice (5), secondo Bartolo (6), il testatore, ch'è di buona età ed in istato di avere de' figli con una donna, non viene riputato di avere preterito ignorantemente, ma per lo contrario dev'essere riputato di avere pensato a' figli per l'avvenire.

Ecco del resto come l'othier tratta la quistione (7).

« Se una persona facesse il suo testamento, « ignorando la gravidanza di sua moglie, il « postumo, che nascerebbe, potrebbe fare di- « chiarare nullo il testamento di suo padre, non « già precisamente a causa della preterizione, « che non è un vizio ne' nostri testamenti, ma « per una congettura della volontà del testato- « re; si presume, ch'egli fa il legato contenuto « nel suo testamento, unicamente perchè crede- « va di non avere de' figli, e che non l' avrebbe fatto, se avesse saputo, che gliene sopravverrebbero. Questa presunzione fondata sul- « l' affezione naturale dei genitori pei loro fi- « gli, fa supporre nel testatore una intenzione « virtuale di fare dipendere il legato, che ha « fatto, dalla condizione se morrà senza figli ».

Non abbiamo bisogno d' insistere molto per provare, dover essere questa soluzione adottata sotto il codice Napoleone. E per verità il testamento è basato su di una causa falsa, che ha traviato la volontà del testatore, onde non può sussistere (8). Evvi una perfetta analogia tra questo caso e quello, che abbiamo più sopra esaminato (9) di un padre, che ha fatto una donazione nella falsa opinione della morte di suo figlio. L'una e l'altra disposizione debbono essere annullate.

Si obietterebbe invano con talune decisioni il silenzio del codice. Il codice non ha potuto aver voluto, che un testamento fondato sull'errore conservasse la sua esistenza; in ogni materia l'errore è una causa di nullità intrinseca, ed ove si potrebbe trovare un errore più caratterizzato e meglio fatto per distornare la volontà dalle sue tendenze naturali?

(1) Metz, 30 marzo 1816 (Devill., 5, 2, 122).
(2) Tertulliano, l. 33, § 2, D., *De testam. milit.* Marcello, l. 19, D., *D jure codicill.*
(3) *Aggiungi* l. X, C., *De testam. milit.*
(4) Brillon, v° *Testamento*, n. 195. Arresto del parlamento di Parigi de' 15 gennajo 1688.
(5) T. I, lib. 5, cap. 12, n. 26.
(6) *In leg* 1, D., *De judic.*
(7) *Donat. testam.*, cap. 6, sez. 1.
(8) Douai, 30 gennajo 1843 (Devill., 1843, 2, 78). *Aggiungi* Delvincourt, t. II, p. 387. Dalloz, *Disposizioni t a vivi*, cap. 6, p. 171. Chabot, *Quist. transit.*, v° *Testamento*, § 2, n. 2. Grenier, n.341. Bayle Mouillard *su Grenier*, *loc. cit.* Vazeille, n. 6, sull'art. 1037. Nimes, 17 febbrajo 1840 (Devill, 40, 2, 297). Limoges, 8 marzo 1843 (Devill., 44, 2, 85).

Quest'ultimo arresto, meno assoluto di quello di Nimes, sembra ammettere, che la rivocazione potrebb'essere pronunziata nel caso di un postumo, del quale il testatore avesse ignorato il concepimento, perchè allora sarebbe un errore, però a condizione, che il giudice fosse certo, che la conoscenza del concepimento e la previsione della nascita avrebbero determinato il testatore a cambiare di volontà.

Contra: Toullier, t. V, n. 670. Duranton, t. IX, n. 474. Favard, Repert., v° *Testamento*, sez. 5, § 2, n.2.
(9) *Sopra*, n 1378.

CAPITOLO VI.

DELLE DISPOSIZIONI PERMESSE A FAVORE DE' NIPOTI DEL DONANTE O DEL TESTATORE, E DE' FIGLI DE' SUOI FRATELLI E SORELLE.

SOMMARIO

COMMENTARIO

2210. Quando i redattori del codice si determinarono a privare il padre di famiglia dell'arme della diredazione (1), sentirono il bisogno di rimpiazzare questo terribile dritto con qualche disposizione, che conservasse al potere paterno la forza, che gli è necessaria per farsi rispettare. Epperò diedero al padre di famiglia il dritto di privare di tutta la porzione disponibile il figlio, del quale avesse da dolersi (2). È questa una diredazione mitigata, che indubitatamente lascia al figlio la sua intiera legittima, ma che nonpertanto lo priva di una parte importante della successione paterna.

Ebbero eglino per un momento il pensiero di andare più lontano, e nel momento della discussione del titolo della *patria potestà*, sembrò loro giusto, che il padre di famiglia, testimone delle inclinazioni dissipatrici di suo figlio, potess'estendere su di lui la sua tutelare previdenza, restringendolo al solo usufrutto anche della sua legittima.

Era questa una sorte d'imitazione della diredazione officiosa, o *bona mente*, che si praticava nell'antica giurisprudenza, e che consisteva nel ridurre il figlio prodigo a' soli alimenti, facendo passare i beni a' nipoti. Questo diredazione differiva dalla diredazione propriamente detta in quantochè veniva considerata meno come una pena, che come una saggia precauzione di un padre, impegnato ad assicurare la sussistenza a suo figlio dissipatore (3).

In questo progetto del codice il figlio prodigo non era ridotto agli alimenti, ma aveva lo usufrutto di tutta la sua porzione ereditaria; il che non era dunque una diredazione, ma una disposizione limitativa, alla quale i suoi autori davano il nome di disposizione officiosa.

Onde la volontà dell'avo avesse il suo effetto, bisognava, che essa fosse espressa nel testamento, che la dissipazione alla quale il figlio si abbandonava, fosse notoria, che la causa della disposizione fosse specialmente designata, che fosse giusta, ed anche sussistente nell'epoca della morte (4).

(1) Seduta de' 26 piovoso anno X. Discussione nel consiglio di Stato (Locré t. VII, p. 17. Fenet, t. X, p. 482).

(2) *Sopra*, n. 757.

(3) Si pretendeva, essere questa diredazione autorizzata dalla legge 16, § 2, del digesto, *De curat. furios.* Nonpertanto questo punto formava difficoltà tra gli autori. Furgole (*De testam.*, cap. 8, sez. 2, n. 98) opponeva a questa legge la legge 9 del Codice, *De impuberib. et aliis substit.*, che nel permettere al padre ed alla madre di sostituire esemplarmente, nulladimeno ordinava loro di lasciare la legittima al loro figlio imbecille. D'altronde secondo lui la novella 18, cap. 3, derogava alla legge precitata *De curat. furios.*, perchè voleva espressamente, che la legittima fosse lasciata in tutta proprietà ed usufrutto.

(4) Cap. 2. del tit. 1 del progetto di legge sulla *patria potestà* (*Della disposizione officiosa*):

Art. 10. Quando un figlio si abbandonerà ad una notoria dissipazione il suo padre e la sua madre potranno legare con una disposizione officiosa a' discendenti nati o da nascere da questo figlio la intiera proprietà della sua porzione ereditaria, e ridurre quest' ultimo al semplice usufrutto di questa porzione.

Art. 11. La disposizione officiosa non potrà essere fatta, che con atto testamentario.

La causa dovrà esservi specialmente espressa; essa dovrà essere giusta ed anche esistente nell'epoca della morte del padre o della madre disponenti.

Art. 12. I discendenti del figlio dissipatore non potranno in di lui vita disporre della proprietà delle quote saranno investiti in virtù della disposizione officiosa.

Art. 13. L'usufrutto lasciato al figlio dissipatore potrà essere sequestrato da' creditori, che gli avranno fornito degli alimenti dopo del suo godimento.

Gli altri creditori, sia anteriori sia posteriori all' apertura di questo godimento, non potranno sequestrare l'usufrutto, che nel caso, in cui eccedesse ciò, che può convenevolmente bastare alla sussistenza del figlio dissipatore.

Art. 14. I creditori non potranno attaccare la disposizione officiosa, che solamente quando fosse fatta senza causa legittima o espressa.

Art. 15. La madre, durante il matrimonio, non potrà colpire il figlio comune d'una disposizione officiosa senza l' autorizzazione o il consenso espresso di suo marito.

Digitized by Google

Questo sistema fu adottato nelle deliberazioni, che ebbero luogo sul titolo della *patria potestà* (1). Ma si scorse, che le disposizioni, che ne erano la espressione, sarebbero meglio situate nel titolo delle *donazioni* e *dei testamenti*, ove fu trasportato per un ordine del primo console (2).

Ma quando giunsero le discussioni su questo titolo si videro nella disposizione officiosa degl' inconvenienti, che dapprima non avevano sufficientemente colpito il Consiglio di stato. Ed in effetti non era permettere al padre di proclamare dissipatore suo figlio? Come potrebb' egli presentarsi con questa nota d' infamia per le pubbliche cariche? Come otterrebbe fiducia nelle professioni liberali e lucrative? Oltre di che il figlio mancherebbe dei mezzi per farsi rilevare dai tribunali da questa imputazione di dissipazione, talvolta difficilissima a provarsi: e poi non si aprirebbe la porta a delle scandalosissime discussioni? (3) Non si metterebbe il figlio alle prese con la memoria di suo padre ed anche coi suoi propri figli? (4) Infine la riduzione all' usufrutto di tutta la porzione ereditaria non attentava alla riserva, la cui integrità è considerata dal codice come inattaccabile? (5) D' altronde la facoltà di assegnare un consulente al prodigo non appare una sufficiente garentia per la conservazione della sua fortuna? Facendo dippiù non sarebbe un accumulare gli ostacoli e portare il rigore sino all' ingiustizia (6)?

Codeste considerazioni produssero una profonda modificazione del progetto.

Si limitò a dare a' padri ed alle madri che credessero aversi a dolere de' loro figli, la facoltà di assicurare a' loro nipoti la porzione de' beni, della quale la legge lascia loro la libera disposizione, gravando i figli dell' obbligazione di restituire questi beni a' loro figli nati o da nascere nel primo grado (7). « Con « questo mezzo, diceva Bigot di Preameneu, « la riserva legale rimane intatta; la volontà « del padre non si applica che a de' beni, « de' quali egli è assoluto padrone di disporre; essa non può essere contestata, nè compromessa, nè porta più i caratteri di una « pena contra del figlio, gravato di restituzio« ne; potrà applicarsi al figlio dissipatore, « come a colui, che avesse avuto di già dei « rovesci di fortuna, e che pel suo stato vi si « trovasse esposto (8). »

Quantunque una simile disposizione presenta evidentemente un peso di conservare e di restituire, si evitò di darle il nome di sostituzione, tanto allora era grande il timore, che questa parola inspirava! È vero, che il signor Bigot de Preameneu si è adoperato di attenuare questo carattere (9). « Si scorge, « egli dice, che la facoltà accordata a' padri « ed alle madri di dare ad uno o più de' loro « figli tutti o parte de' beni disponibili col « peso di restituirli a' loro nipoti, ha così poco « rapporto con l' antico regime delle sostitu« zioni, che non se l' è dato neppure il nome... « Anzi questo è contrario alle antiche sostitu« zioni, in quantochè l' obietto della facoltà « data a' disponenti, non è di creare un' ordi« ne di successione e d' invertire i dritti natu« rali di coloro, che la legge avrebbe chia« mati, ma piuttosto di mantenere quest' or« dine e questi dritti in favore d' una genera« zione, che ne fosse stata privata. Nelle an« tiche sostituzioni un ramo veniva preferito « all' altro; nella nuova disposizione è un « ramo minacciato, che si vuole conservare! »

Malgrado queste ragioni si è obbligato di riconoscere nella disposizione in quistione una vera sostituzione. Senza dubbio è molto strettamente limitata, ma nulladimeno è assolutamente simile alle antiche sostituzioni negli elementi costitutivi di questo genere di disposizione (10)

Tal è nel codice Napoleone il sistema, che organizza il potere coercitivo del padre di famiglia; sistema equo e moderato, che concilia la severità e l' affezione, e che fa della patria potestà un potere protettore, e non un potere tirannico e temuto. Il padre può togliere a suo figlio la porzione disponibile, ma è questo un mezzo estremo, una specie di *ultima ratio*, al cui cospetto la natura talvolta resiste. Se il legislatore non avesse autorizzata la sostituzione officiosa, della quale ci occupiamo, il padre si sarebbe trovato talvolta in presenza di una punizione, che gli sarebbe sembrata

(1) Locré, t. VII, p. 3.

(2) Locré, t. VII, p. 3.

(3) Il primo Console diceva nella seduta de' 7 piovoso anno XI: « Vi è anche tra la disposizione officiosa e la « sostituzione, qual'è proposta, una differenza, che ren« de quest'ultima preferibile sotto il rapporto della mo« rale; ed è che i tribunali possono talvolta interveni« re nella disposizione officiosa per valutarne i motivi, « ed avere così da pronunziare tra il padre ed il figlio, « mentre la sostituzione non è, che una istituzione di « secondo grado, che non ha nulla di offensivo per lo « gravato, e che non può dar luogo a veruna discussio« ne personale ». (Locré, t. XI, p. 99. Fenet, t. XII, p. 271).

(4) *Esposizione dei motivi* per Bigot de Préameneu, del 2 fiorile anno XI. (Fenet, t. XII, p. 562 e seg. Locré, t. XI, p. 409 e seg.).

(5) Il sig. Berlier discussione nel consiglio di Stato, seduta del 7 piovoso anno XI (Fenet, t. XII, p. 274. Locré, t. XI, p. 103). Bigot, Esposizione de' motivi, *loc. cit.*

(6) Berlier, *loc. cit.*

(7) Seduta de' 7 piov. anno XI, (Fenet, t. XII, pag. 274. Locré, t. XI, p. 103.

(8) Locré, t. XI, p. 411, 412. Fenet, t. XII, p. 564.

(9) Fenet, t. XII, p. 563. Locré, t. XI, p. 412.

(10) Toullier, t. V, n. 720. Malevillo, t. II, p. 502. Grenier, n. 357.

troppo rigorosa, ed avrebbe potuto indietreggiare innanzi la sua applicazione al rischio di lasciare indebolire nelle sue mani il rispetto, che gli è dovuto. La sostituzione officiosa viene in suo soccorso, e concilia la severità e l'indulgenza; essa mitiga il dritto del padre di privare suo figlio della porzione disponibile; essa senza dubbio è una severità in un senso, ma sotto un altro punto di vista è un temperamento ed un addolcimento.

Taluni moralisti esagerati hanno trovato, che il codice Napoleone non abbia armato il potere paterno di un raffrenamento abbastanza temibile. Eglino hanno sostenuto, che giammai nazione incivilita ed amica de' costumi ha rilasciato quanto noi il freno del potere de' padri. Noi siamo di un contrario avviso, e lodiamo il codice Napoleone di avere escluso un rigorismo, che ci farebbe tristamente risalire il corso delle età. Ogni secolo ha i suoi costumi, ed il nostro si rivolterebbe con ragione contra delle severità analoghe a quelle de' primi tempi del dritto romano. Di raro i padri di famiglia si avvalgono delle punizioni, che la legge mette nelle loro mani. La tenerezza dei padri esita innanzi quest'esercizio rigoroso della patria potestà; e che mai sarebbe, se si risuscitassero delle penalità eccessive, e condannate dalle nostre abitudini ?

Articolo 1048 — (1003).

I beni, de' quali i padri e le madri hanno la facoltà di disporre, potranno essere dati da loro in tutto o in parte ad uno o più de'loro figli con atti tra vivi o testamentari, col peso di restituire questi beni a' figli nati o da nascere, ma solo nel primo grado de' detti donatari.

Articolo 1049 — (1004)

Sarà valida in caso di morte senza figli la disposizione, che il defunto avesse fatto con atto tra vivi o testamentario a favore di uno o più de'suoi fratelli e sorelle, di tutti o parte de'beni, che non sono riserbati dalla legge nella sua successione, col peso di restituire questi beni a'figli nati e da nascere nel primo grado soltanto de' detti fratelli e sorelle donatari.

Articolo 1050 — (1006).

Le disposizioni permesse da' due articoli precedenti non sono valide, che quando il peso della restituzione sarà a favore di tutti i figli nati e da nascere dal gravato senza eccezione nè preferenza di età o di sesso (a).

SOMMARIO

COMENTARIO

2211. Questi articoli regolano dunque la materia delle sostituzioni, dette officiose, introdotte per una speciale eccezione in considerazione d'interessi di famiglia, degni di favore, e con de'regolamenti, che tolgono a queste disposizioni gl'inconvenienti ordinari delle sostituzioni (1).

(a) I riportati tre articoli del codice Napoleone corrispondono e sono uniformi agli articoli 1003, 1004, e 1006, delle leggi civili. Vi è inoltre nelle medesime leggi l'art. 1005 così concepito:
« I figli del gravato ne' casi espressi, ne' due articoli « precedenti, succederanno ne' beni come sopra donati « per proprio dritto, senzachè il padre e la madre possa « sero imporvi loro alcun peso. » *Il trad.*

(1) *Sopra*, n. 172.

Digitized by Google

Dnpprimo la sostituzione officiosa non può mai ver-orsi, se non sullo quata disponibile. Ed in effetti è di regola, che lo riserva deve sempre rimaoire intotta. Esso spetta o'figli per dritto di naturo e per una specie di comproprietà, che toglie al padre di famiglia il dritto di disporne n titolò gratuito.

La sostituz one officiosa può essere unicamente praticata : 1 ° da' padri e dalle madri verso una o più de'loro figli: da' fratelli o dalle sorelle, che non lasciano figli in loro morte, verso uno o più de'lora frotelli e sorelle.

Inaltre queste disposizioni nan p ssono aver luogo, che n fovare de' figli nati o do oascere dal gravato, e debbono essere fatte indistintomente n favore di tutti questi figli senza eccezione nè preferenza di età o di sesso. La legge ha qui in veduto lo discendenza tutta intiera, nè soffre nel suo seno omes-ione o ineguaglianzn. E-sn chiamo pure i figli da nascere, camunque io generale oon sinoo persone capoci (1).

Infine bisogna, che i chiamati si trovino in primo grado di parentela ca' gravati.

2212. Primu di entrare nell' esame più dettagl oto di queste diverse condizioni, rileviama quanto lo sostituzione offi iosa è diff rente dalle sostituzioni autorizzate dalla legge de'17 maggio 1826. Nel sistema di quest'ultima legge noo era necessorio per fare una sostituzione dello porzione dispon bile di essere padre o modre, frotello o sorella del donatorio; il gravato non daveva essere necessariamente parente del donante, nè si esigevo, che tutti i figli nati o da nascere fossero chiamati indistintamente alla sostituzione. Da ultima la sostituzione potevo estendersi sino al secoodo grado iocIusivomente.

Questa legge non era, che un avonzo di un progetto di legge più esteso, che oveva per iscopa di stabilire una specie di preropienza legale a favore del maggiare de'figli. Per un rovesciamento de'principi stabiliti dal codice ed attinti nel dritta noturale, questo progetto, al quale il pubblico diede il nome di legge del dritto di primogenitura, esigevo l' ineguaglianza tra' figli in regola fondamen'ale della successione intestata, sì che per rientrare nell' eguaglianzo, bisognava uoa volontà espressa del podre di famiglia, che cedeva al grido della natura. Si sa, che questa parte del progetto fu rigettata dalla Camera de'pari in seguito di un vivissimo movimento dell'opinione pubblica, che si pronunz ò energicomente contro un ritorno o delle idee, assolutamente al dì fuori dei nostri costumi moderni.

Epperò ne rimase un solo orticolo, che divenne lo legge dei 17 di maggio 1826, ed era l' articolo, che si riferiva olle sostituzioni, ed era così conceputo:

« I beni, dei quali è permesso di disporre
« ai termini degli orticoli 913, 914. 915 del
« codice civile, potranno essere donati in tut'o
« o in parte con atto tra vivi o testomentari col
« peso di restituirli od uno o più figli del do-
« natoria nati o da nascere sino al secondo
« grado inclusivamente. Saranno osservate per
« l' esecuzione di questa disposiziane gli arti-
« coli 1051 e seguenti del codice civile sino e
« compreso l' art. 1074. »

Questa legge fu poco popolare. I padri di famiglio ne usarono raromente (2) di sorlechè la legge degli 11 di maggia 1849 che l' abrogò, non pradusse un turbamento serio negli interessi delle famiglie (3).

2213. Ritorniamo ora alle disposiziani emanate dal codice nei nostri orticoli, le quali, came lo si vede, sono sfuggite o queste variazioni della legislazione.

Siccome la sostituzione afficiosa è un'eccezione alla proibizione delle sostituzioni in generale, il dritto di crearla non potrebbe essere esteso a delle persone diverse do quelle, che sono designate dal codice Napoleone.

Da che siegue, non potersi estendere all'avo il dritta accordato doll' art. 1048 al padre ed alla madre di fare una sostituzione (4).

Nulladimeno questo punto è sembrato difficile ad alcuni autori (5) e senza tener conto delle espressioni « i padri o le madri » adoprate dall' art. 1048, si sono attaccati a questa altra espressione della stesso articolo « loro « figli », e vi hanno veduta una ragione di decidere a favore dell'avo. Questa parola « figli » hanno eglino detto, sovente si prende nel dritto per discendenti (6). Perchè non dov'e nello specie questo significata? Imperocchè non vi è ragione per ricusare all' ova il dritto conceduto al podre ed al'a madre.

Ma il vizio di questa argomentazione è palpabile : invece di determinarsi per le parole decisive, va a prendere i suoi punti di oppog-

(1) *Sopra*, n 608, 609. *Infra*, n.i 2340, 2221.

(2) *Sopra* n i 170, 171.

(3) Eccogli articoli della legge degli 11 mag. 1849, che hanno pronunziato quest' abrogazione.

« Art. 8. La legge de' 17 di maggio 1826 sulle so-
« stituzioni è abrogata »

« Art. 9. Le sostituzioni già stabilite saranno mante-
« nute a favore di tutt' i chiamati nati o concepiti nel
« momento della promulgazione della presente legge.

« Quando una sostituzione sarà raccolta da uno o
« più chiamati, de' quali si è parlato, essa gioverà a
« tutti gli altri gradi o a' loro rappresentati, quale si
« sia l' epoca, nella quale la loro esistenza sarà comin-
« ciata ».

(4) Parigi, 23 agosto 1850. (Devill., 50, 2, 611. *Palazzo*, 1851, t. 1. p. 274).

(5) Delvincourt, t. II, p. 616. Duranton, t. IX, n 525. Vazeille, n. 3, sull art. 1048. Dalloz, *Sostituzioni*, sez., 2, art. 1, n. 2.

(6) Paolo, l. 84, D., *De verb. signif.* C. Nap., articoli 914.

Digitized by Google

gia nelle parole equivoche. Sopratutto non vede, che il senso della parola « figli » è limitato dalle parole « il padre e la madre ».

Ed in effetti la discussione nel Consiglio di stato prova essere stata intenzione del legislatore di restringere il dritto di sostituzione officiosa al padre ed alla madre. Imperocchè il tribunato avendo proposto di aggiungere alle parole « padre e madre, figli » « queste— » ed altri ascendenti. . , discendenti — » questa proposizione fu rigettata (1).

2214. Il dritto di sostituire, come abbiamo detto, appartiene pure ai fratelli ed alle sorelle del donatario; ma onde la disposizione sia valida, bisogna, che il disponente muoia senza figli. Importa poco, che nell'epoca, in cui ha fatta la sostituzione, avesse figli, se questi figli sono posteriormente morti prima di lui. Ciocchè la legge esige per la validità della sostituzione, è che il disponente muoia senza figli.

2215. Se essendo fatta la sostituzione per donazione tra vivi, sopravviene posteriormente un figlio al donante, non bisogna credere, che la morte di questo figlio prima del donante, faccia rivivere la sostituzione rivocata di pieno dritto in virtù dell'articolo 960 del codice Napoleone (2).

È vero, che il donante si trova nella condizione, richiesta dal nostro articolo di morte senza figli, ma egli muore lasciando dopo di lui non altro che una liberalità rivocata ed estinta. Dall'altro lato l'art. 1049 non ha inteso di far eccezione al gran principio della rivocazione di pieno dritto della donazione per sopravvenienza di figli (3).

2216. Ma qui che si deve intendere per figli? Trattasi solamente di figli legittimi? Bisogna forse annullare la disposizione, se il disponente lascia un figlio naturale riconosciuto?

Per risolvere questa quistione supponiamo dapprima, che la disposizione sia stata fatta per atti tra vivi: Allora delle due cose l'una; o il riconoscimento avrà avuto luogo posteriormente alla donazione, ovvero questo riconoscimento era già un fatto compiuto nel momento della donazione. .

Nel primo caso la quistione può risolversi con l'aiuto de' principî stabiliti dal codice per la rivocazione delle donazioni per sopravvenienza di figli. Abbiamo veduto più sopra (4), non ammettere la legge, che la sopravvenienza di un figlio naturale riconosciuto possa rivocare una donazione, ed attribuire essa questo effetto unicamente alla nascita di un figlio legittimo o legittimato per matrimonio susseguente. Ora se il figlio naturale riconosciuto non è considerato come figlio per fare rivocare la donazione in vita del padre, non vi sarebbe contradizione nel pretendere, che alla sua morte il figlio dovrà essere considerato come figlio capace di fare rivocare la donazione? Come potrà avvenire, che il riconoscimento, lasciando sussistere la disposizione, fosse una causa di nullità, avuto riguardo alla condizione?

2217. Supponiamo ora, che il riconoscimento sia anteriore alla donazione; perverremo alla medesima conclusione.

E! in effetti è costante in questa materia, che la sopravvenienza di un figlio posteriore alla donazione è un avvenimento, che affetta quest' atto più profondamente dell' esistenza di un figlio nato anteriormente. Il riconoscimento del figlio, ch'è qui l'equipollente della nascita, non rovescia la donazione, quando esso la siegue, e con più forte ragione deve lasciarla sussistere, quando precede.

Codesta soluzione si corrobora con la disposizione dell'art. 2 del titolo 1 dell'ordinanza del 1747, che permette di credere, che la condizione « senza figli » non si estende in generale a'figli naturali; perocchè parlando della condizione, che il gravato venga a morire senza figli, quest' articolo dice « che non bisogna « avere riguardo all' esistenza de' figli naturali » anche legittimati altrimenti, che per susse- « guente matrimonio. »

2218. Giungiamo ora al caso, in cui la disposizione è stata fatta per testamento. Non è possibile, che ciocchè si può fare per donazione sia vietato per la via del testamento. Il legislatore ha inteso parlare di una filiazione legittima (come del resto lo prova la precitata ordinanza), e solamente una discendenza fondata sul matrimonio può torre al padre di famiglia il dritto scritto nel nostro articolo.

2219. Quello, che diciamo del figlio naturale riconosciuto, l'applichiamo al figlio adottivo. In verità l'art. 350 del codice Napoleone (a) accorda al figlio adottivo sulla successione dell'adottante gli stessi dritti di un figlio nato dal matrimonio. Ma bisogna rimarcare, che non si tratta nell'art. 1049 di regolare i dritti successori, dappoichè questo testo regola unicamente le condizioni di validità di una disposizione a titolo gratuito. Si che tutta la quistione è di sapere, se la filiazione convenzio-

(1) Fenet, t. XII, p. 464, Locré, t. XI, p. 329. *Aggiungi* Toullier, t. V, n. 723. Rolland de Villargues, *Repert. del notariato*, v° *Sostituzioni*, n. 115. Bayle-Mouillard *su Grenier*, t. III, n. 61. Coin-Delisle, n. 2, sull'art. 1048.

(2) Toullier, t. V, n. 797. Rolland de Villargues, *Repert. del sig. Favard*, v° *Sostituzione*, cap. 2, sezione 2, § 6, n. 17.

(3) Delvincourt, t. II p. 399. Grenier, n. 369. Duranton, t. IX, n.i 527 e 528. Vazeille, n. 2, sull'art. 1049. Coin-Delisle, n. 8, sugli art. 1048, 1049, 1050. *Sopra*, n.i 1364 e seg.

(4) Art. 960 n.i 1372, 1369.

(a) Leggi civili art. 274.

Il trad.

nale e fittizia dell' adottato crea un figlio nel senso dell'art. 1049.

Quando abbiamo esaminata una quistione analoga nel nostro commentario dell'art. 960, cioè la quistione se l'adozione rivoca la donazione fatta dall'adottante, l'abbiamo risoluta contra l'adottato, e ci siamo determinati per de' motivi, che possono essere invocati qui, vale a dire, che l'adozione è una fiazione, che essa procede dalla volontà dell'uomo, e che non le si potrebbero attribuire de' dritti eccezionati, che provvengono dalla natura, dal concepimento, e dal matrimonio (1).

2220. Non si deve considerare come morto senza figli il disponente, che lascia de' figli, che rinunzino alla successione, o che ne sono privati per ragione d'indegnità. Il quale punto è troppo chiaro per avere bisogno di più ampie spiegazioni (2).

2221. Occupiamoci ora delle persone, a favore delle quali può essere imposto il peso di restituire.

La legge dice negli articoli 1048 e 1049: « col peso di restituire questi beni a' figli nati « e da nascere nel primo grado solamente dei « donatari. » Qui si fa rimarcare una singolarità. Ed è, che i figli da nascere sono chiamati del pari de' figli nati del gravato. Nonpertanto in massima i figli da nascere sono incapaci, dapoichè la prima condizione per ricevere una liberalità è di essere nato o concepito (3). Ma la materia della sostituzione officiosa comandava questa eccezione al diritto comune. Imperciocchè il legislatore, che ha in mira l'interesse della famiglia, e che vuole serbare l'eguaglianza tra' figli, avrebbe mancato al suo scopo, se i figli da nascere non avessero avuto de' dritti così sacri, come quelli de' figli di già nati nel momento della liberalità; epperò hanno una capacità, che il nostro articolo ha saggiamente riconosciuto.

2222. Queste espressioni del nostro articolo « Nel primo grado soltanto » sono state diversamente interpretate.

Non bisogna credere, come il sig. Delvincourt, (4) che queste parole « nel primo grado » significano nel primo grado di sostituzione, con un solo grado di sostituzione, qualunque sia del rimanente tra' chiamati il grado di parentela. Le parole « nel primo grado dei donatari » indicano, trattarsi di un grado di parentela o non di un grado di sostituzione.

Nè l'errore sarebbe minore, se si pretendesse con alcuni autori (5), che il primo grado di parentela è qui il grado più prossimo, vale a dire quello, cui niun altro precede (6). Ed in effetti quale sarebbe la conseguenza di questa opinione? Che il figlio gratificato, che ha perduto il suo unico figlio, e che ha de' nipoti, potrebb'essere gravato di restituire i beni donati a questi nipoti, ch' essendo relativamente a lui nel più prossimo grado, si trovano così nel primo grado. Ne risulterebbe, che i nipoti nel secondo e nel terzo grado potrebbero essere così chiamati al beneficio della disposizione (a).

Basta di enunciare questi risultamenti e di combinarli col nostro testo per vederne l' illegittimità. Il senso naturale delle parole « al pri« mo grado » è « alla prima generazione. » In effetti i figli nati o da nascere nel primo grado del donatario non sono forse relativamente a questo donatario i figli della prima generazione? Del rimanente quello, che termina di fare scomparire intorno a ciò ogni specie di dubbio, è la non equivoca significazione, che l'art. 1051 dà alle parole « primo grado », quando oppone i figli del primo grado a' discendenti di un figlio premorto (7).

2223. Non basta, che i figli nati o da nascere del donatario chiamati a ricevere la sostituzione, siano di primo grado. Bisogna inoltre, che il peso di restituire sia fatto a favore di tutti senza eccezione nè preferenza di età o di sesso. Il legislatore non ha voluto nulla, che rassomigliasse alle antiche sostituzioni; esso non ammette nè esclusione di cadetti e di figlie, nè preferenza agnatizia. L' eguaglianza è la regola, dalla quale non si diparte mai.

2224. Vi è dippiù; se il disponente avesse sia esplicitamente, sia implicitamente esclusi i figli da nascere, la disposizione sarebbe nulla, anche quando il donatario gravato non avesse lasciato altri figli oltre quelli esistenti nel momento dell' atto. Il che è stato giudicato dalla Corte di Bruxelles il 14 di Luglio 1808 (8) in una specie, nella quale il testatore aveva istituito uno de' suoi figli suo erede universale col « peso per esso . . . . di non alienare « i beni immobili della successione e di lasciar« li a' suoi due figli. » Nel limitare a questi due figli unicamente la restituzione, il testatore aveva necessariamente escluso i figli da nascere.

Ma bisognerebbe essere meno rigoroso, se la clausola nella sua generalità potesse ragionevolmente abbracciare i figli nati e da nasce-

(1) *Sopra*, n. 1373.
(2) Coin-Delisle, n. 10, sugli art. 1048 e *seg. Cont.* Vazeille, n. 4, sull' art. 1049.
(3) *Infra*, n. 2341. *Sopra*, n.i 608, 609, art. 905, del Cod. Nap.
(4) Nota 6, sulla pag. 104.
(5) Malleville sull'art. 1051. Duranton, t. IX, n. 526. Vazeille sull' art. 1018, n. 4.

(6) Paolo, l. 92, D., *De verb. signif.*
(a) L' art. 1007 delle nostre Leggi risolve testualmente la quistione. Leggi il detto articolo nella nostra nota alla pag. 316. *Il trad.*
(7) Toullier, t. V, n. 726. Coin Delisle, n. 4, sugli articoli 1018 e seg.
(8) Devill., 3, 1, 371.

Digitized by Google

re. Il che prova un arresto de' 31 di marzo 1807 (1) della Corte di Cassazione in una specie, nella quale aveva pronunziato su questa clausola: « Dono a mio figlio col peso di restituire a' miei nipoti nati da lui. »

2225. Tali sono le condizioni tracciate dal codice Napoleone, onde le sostituzioni, che permette di fare, siano efficaci. L' inosservanza di queste condizioni dovrebbe avere l' effetto di annullare la disposizione per lo intiero. Ed in vero la disposizione non sarebbe più quella, che la legge autorizza, ma sarebbe una sostituzione proibita, che rientra sotto il colpo dell'articolo 896 (2) (a).

La Corte di Cassazione con arresto de' 27 di giugno 1811 (3) lo ha così giudicato nelle seguenti circostanze.

Un Signor Giuseppe Drion aveva fatto un testamento, col quale istituiva suo fratello Francesco Drion suo legatario universale col peso 1°. . . . . 2° d' impiegare il denaro della successione nell' acquisto d'immobili, che doveva lasciare per metà a'figli, ch'egli avrebbe in tempo della sua morte da una parte, e dall' altra a'figli di Adriano Drion loro fratello comune.

Altri fratelli e sorelle attaccarono questo testamento come contrario all' articolo 896 del Codice (b), che vieta le sostituzioni.

Francesco Drion rispose, le disposizioni del testatore essere conformi all'articolo 1049 del codice, salvo nella parte relativa a' figli di suo fratello Adriano Drion; poter essere questa disposizione particolare dichiarata nulla, ma dover essere il dippiù mantenuto.

La Corte di Bruxelles (4) aveva ammesso su questo punto tal mezzo, ed aveva giudicato, che la seconda sostituzione fedecommessaria, nella a favore de' figli di Adriano Drion, non era meno valida a favore de'figli del gravato. Ma la Corte di Cassazione cassò quest' arresto per il motivo, che i figli di Adriano Drion non erano i figli del donatario; che la sostituzione era loro comune co' figli di questo, e che quindi questa sostituzione trovandosi fuori del caso dell' articolo 1049, ricadeva per il fatto sotto la proibizione dell'articolo 896 ecc. ecc. (5).

2226. Tuttavia se la disposizione non fosse attaccabile, che per avere oltrepassata la misura della quota disponibile, non bisognerebbe considerare, che fosse nulla. Sarebbe solamente riducibile come tutte le altre donazioni, che intaccano la riserva legale.

Sarebbe qui applicabile solamente l'articolo 920 (c) e non l'articolo 896. (d) (6).

2227. Dicevamo poco innanzi, non poter essere la riserva colpita dalla sostituzione officiosa (7).

Nulladimeno alcuni giureconsulti (8) hanno immaginato un mezzo per pervenire a questo risultamento; pongono l' ipotesi di un padre, che facesse a suo figlio un prelegato sotto la condizione, che non solo questo prelegato, ma la totalità della sua quota ereditaria sarebbe gravata del peso di restituzione, e pretendono, che il figlio, che avesse accettato il prelegato, sarebbe tenuto di accettare il fedecommesso. E la loro ragione si è che il figlio ha la libera disposizione della sua legittima, e che nell'accettare il legato fatto col peso di restituirla, ne dispone egli stesso.

Ma questa opinione non è sostenibile, e tenderebbe niente meno che ad attentare alla riserva, e fare nascere degli abusi, condannati dal codice Napoleone; sarebbe una trappola pel figlio gratificato, che accettasse il legato, ed offrirebbe un' esca capziosa alla violazione della legge. Apporre ad un legato una condizione, che attenta alla riserva, è un imporre una condizione illegale: perocchè il divieto fatto dagli articoli 1048 e 1049 di sostituire i beni riservati, è un divieto di dritto pubblico, nè vi è mezzo indiretto, che possa militare contra di esso (9) (e).

(1) Devill., 3, 1, 366. V. anche, Grenier, n. 360.

(2) Dalloz, *loc. cit.*, n. 9. Vazeille, n. 5, sull' articolo 1049. Coin-Delisle n. 16, sugli art. 1048 e seg.

(a) Articolo 942 delle Leggi civili. *Il trad.*

(3) Devill., 3, 1, 371. *Palazzo*, t. IX, p. 422.

(b) Leggi civili art. 942. *Il trad.*

(4) Devill., *loc. cit.*, *Palazzo*, *loc. cit.*

(5) *Aggiungi* Merlin, Repert., v° *Sostituz. fedecom.* sez. 1, § 14, n. 3. Rolland de Villargues, Repert., Favard, v° *Sostituz.*, cap. 2, sez. 2, § 1, n.i 13 e 14. Duranton, t. IX, n. 524. Vazeille, n. 5 sull' art. 1049. Corte di Parigi 14 giugno 1836 (Dalloz, 26, 2, 123).

(c) Leggi civili art. 837. *Il trad.*

(d) Leggi civili art. 942. *Il trad.*

(6) Duranton, t. IX, n. 533.

(7) *Supra*, n. 2210.

(8) Merlin, Repert., v° *Pena testam.*, n. 7. Delvincourt, t. 2, p. 100, n. 2. Dalloz., v° *Sostituz. loc. cit.* n. 15. Toullier, t. 5, n. 754. *Aggiungi* un arresto del Parlamento di Parigi del 25 ag. 1662, riferito da Merlin, *loc. cit. Lebrun*, (Delle succes. l. 2, cap. 3, sez. 4, n.i 2, a 12) insegna questa opinione; potersi dire non essere la legittima gravata, quando si dà al figlio la scelta del suo legato o della sua piena legittima.

(9) Ricard (*Donaz.* part. 3, n. 1128 e seg.) cita in appoggio di questa opinione, ch' egli sostiene, la legge 32 del codice, *De inoff. testam.*, così concepita « *Hoc « in presenti addendum esse censemus, ut si conditio« nibus quibusdam vel dilationibus, aut aliqua disposi« tione moram vel modum vel aliud gravamen intro« ducente, eorum jura qui ad memoratam actionem « vocabantur, minuta esse videantur, ipsa conditio, « vel dilatio, vel alia dispositio moram, vel quodcum« que onus introducens tollatur, et ita res procedat, « quasi nihil eorum testamento additum esset.* » *Infra* n. 2432.

(e) Non pare possibile di porre il legittimario relativamento alla sua legittima, in una condizione più assoluta, in quanto al dritto di proprietà, di quella, in cui è il donatario tra vivi relativamente a' beni compresi nella donazione da lui accettata. Per lo che assimilando il primo al secondo, il paragone non è per certo a danno del legittimario.

Ora per l' art. 1052 del codice Napoleone, pari allo

Articolo — 1051 (1007)

Se ne' casi sopraddetti il gravato di restituzione a favore de' suoi figli muore, lasciando figli di primo grado e discendenti di un figlio premorto, questi ultimi raccoglieranno per rappresentazione la porzione del figlio premorto (a).

SOMMARIO

COMENTARIO

2228. La sostituzione officiosa è stata particolarmente ammessa per procurare a' figli del gravato una successione, che poteva perdersi o attenuarsi nel passare per le mani di quest'ultimo. Epperò la legge ha voluto, che questa successione loro pervenisse con gli stessi vantaggi, come se fosse loro ricaduta in virtù della disposizione della legge. Di già abbiamo veduto una prima pruova di questa idea nell' articolo, che vuole, che tutt' i figli siano chiamati senza preferenza nè differenza e con una intiera uguaglianza. Eccone una seconda: il nostro articolo vuole, che se tra' figli chiamati ve n'è uno, che muore prima dell' apertura della sostituzione, i suoi figli prendono il suo posto per dritto di rappresentazione, assolutamente come nel caso di successione legittima; se fosse altrimenti, il chiamato alla sostituzione, che fosse sopravvivuto al gravato, avrebbe escluso i discendenti di suo fratello

art. 1008 della Leggi civili. dopo di aver fatto una prima donazione libera a mio figlio, a mio fratello o a mia sorella, posso farne una seconda, gravandoli di una sostituzione officiosa non solo pe' beni compresi nella seconda donazione, ma anche per quelli compresi nella prima, o s' eglino accettano la mia seconda liberalità, non possono più sottrarre i primi beni donati dal peso della sostituzione. E nonpertanto questi beni erano divenuti irrevocabilmente di loro proprietà, indubitatamente più di quello, che possono essere pel legittimario i beni compresi nella riserva. E perchè mai dunque rimangono obbligati i primi beni e non vi rimangono i secondi?

Certo la riserva dev' essere intangibile, nè deve permettersi in vita di colui, su' cui beni è dovuta, veruno peso o veruna transazione intorno ad essa. Ma può mai questa regola spingersi sino al punto da farla piegare in danno di colui, nel cui favore è dettata? Può interdirsi al legittimario, quando è divenuto libero proprietario de' beni, che compongono la sua riserva, di disporne a suo grado? Egli può alienarli, può donarli in piena proprietà a' suoi figli, può spogliarsene attualmente. E se gli è permesso tutto questo, perchè poi gli sarebbe interdetto di accettare un prelegato, per effetto del quale si troverebbe alienata a favore de' suoi figli eventualmente la nuda proprietà di que' beni, che avrebbe potuto alienare in piena proprietà non solo a favore de' detti figli, ma anche a favore degli estranei?

Volenti non fit injuria, l' autore stesso lo dice nel n. 2230. Il testatore nel disporre il prelegato con la condizione, della quale discutiamo, non attenta alla riserva. Il riservatario, se vuole, può ritenerla libera, rinunziando al prelegato; ed allora niuna delle due parti ne viene offesa; al riservatario rimane quello, che per legge gli spetta; al testatore o a' suoi rappresentanti resta il benefizio, che si è fatto dipendere da una condizione, ritrovata onerosa.

Nè poi è giusto, che il riservatario ritenga il prelegato contra la volontà del testatore, imperciocchè nel lasciargli la riserva, questi si è sdebitato verso di lui, ed ogni dippiù, che gli dà, può darglielo con quella modalità, che crede. Nè nella specie la condizione è contraria alla legge, perchè la legge vieta d' imporre pesi sulla legittima. ma non vieta, che il legittimario, divenutone proprietario, ne disponga a suo grado.

Un ultimo argomento mi sembra decisivo. L'art. 917 del codice Napoleone, pari all'art. 833 delle nostre leggi civili, permette di darsi per atto tra vivi o per testamento un usufrutto o una rendita vitalizia, ch' eccede la porzione disponibile, ed il riservatario è tenuto o di eseguire la disposizione o di abbandonare la proprietà della quota disponibile. Il prelegato, di cui discettiamo, è l' inverso dell' additata disposizione, dappoichè mentre in questa la riserva è scemata nell' usufrutto, nel prelegato è scemato eventualmente nella nuda proprietà. E se la legge nel primo caso abbandona allo stesso legittimario il giudizio, se gli convenga meglio di starsene alla riserva o di eseguire la disposizione del testatore, non v' ha ragione per ritenere, che questa medesima facoltà non gli si debba dare nel secondo.

E se mi si opponesse, essere la proprietà più pregevole del semplice usufrutto, risponderei, che la proprietà è più pregevole appunto, perchè il riservatario, sacrificando una parte del suo godimento, assicura una proprietà maggiore a' suoi successori. Ora nella specie del nostro prelegato il riservatario si spoglia eventualmente della nuda proprietà della sua riserva per assicurare a' suoi figli una proprietà maggiore, e trova poi di questo suo sacrifizio un doppio compenso: un compenso morale nell' avere migliorata la condizione degli esseri più cari, che noi abbiamo; un compenso pecuniario nell' avere accresciuta la rendita, della quale gode.

A me pare, che questa sia una disposizione moralissima. *Il traduttore.*

(a) L' art. 1007 delle nostre Leggi civili è così redatto:

« Le sostituzioni anzidette non potranno oltrepassare « il primo grado Nondimeno i discendenti del chiamato « predefunto hanno il dritto di prendere la porzione « del loro ascendente, quando anche esistessero altri « figli del primo grado ». *Il trad.*

premorto; si sarebbe arricchito in detrimento dei figli di suo fratello e l'eguaglianza sarebbe stata profondamente ferita.

2229. Questa disposizione del nostro articolo è rimarchevolissima. Ed in effetti in materia di disposizione testamentaria e per conseguenza in materia di sostituzione, la rappresentazione non è ammessa di dritto. Se il gratificato muore prima del disponente, la liberalità è caduca (articolo 1039 (a)) (1); da poichè le liberalità sono personali. Il legatario deve raccogliere, e se muore prima di avere raccolto, non trasmette a'suoi eredi la speranza del suo dritto. Il che aveva deciso l'ordinanza del 1747 (2), ed in questo era dessa conforme ai veri principî.

Nulladimeno essa faceva un' eccezione: l'articolo 21 del titolo 1.° ammetteva la rappresentazione sia quando il testatore aveva ordinato espressamente, ch'essa avrebbe luogo, sia quando aveva egli dichiarato, che la successione sarebbe deferita secondo l'ordine delle successioni legittime (3).

Ora lo spirito della sostituzione officiosa è precisamente, che la porzione disponibile non sia, che un deposito nelle mani del gravato, e che sia deferita secondo l'ordine della successione legittima. Epperò il nostro articolo non fa, che conformarsi alle idee consacrate dall'ordinanza del 1747, sottointendendo il dritto di rappresentazione nella sostituzione officiosa. Lo scopo tutto speciale di questa disposizione lo mette nel caso eccezionale preveduto dall'ordinanza; dispensa il testatore dal dire espressamente ciocchè era necessario, che dichiarasse oltomeate nel sistema delle antiche sostituzioni, tutt'affatto contrario all' eguaglianza, e distruttivo delle regole della successione legittima.

ARTICOLO 1052 — (1008).

Se il figlio, il fratello, o la sorella, cui i beni fossero stati donati con atti tra vivi senza peso di restituzione, accettano una nuova liberalità fatta con atto tra vivi o testamentario, sotto la condizione, che i beni precedentemente donati, resteranno gravati di questo peso, non è più loro permesso di dividere le due disposizioni fatte a loro favore, e di rinunziare alla seconda per tenersi alla prima, quando pure offrissero di restituire i beni compresi nella seconda disposizione (b).

SOMMARIO

2230. Spiegazione di quest' articolo.
2231. Perchè vuole la legge, che il peso di restituzione non possa essere imposto ad un' antica donazione, se non da una nuova liberalità.
2232. Questo peso di restituire sarebbe riducibile, se intaccasse la riserva.
2233. *Quid*, se la seconda liberalità essendo fatta per testamento, è stata accettata dal donatario, dopochè l'inventario ha constatato, che attenta alla riserva.
2234. *Quid* specialmente, se il testatore ha espresso il pensiero di fare versare la sostituzione sulla stessa riserva.
2235. Dritto de' terzi allorchè il peso della restituzione è stato imposto dopo il fatto.

COMENTARIO

2230. Questo articolo è la riproduzione pressocchè testuale dell' articolo 16 del titolo 1 dell' ordinanza del 1747 (4).

Ecco il caso, che prevede.

Primo dona a Secondo, suo primo figlio per donazione tra vivi degli 11 di gennaro 1848,

(a) Leggi civili art. 994.

(1) *Sopra*, n. 2121.

(2) T. I, art. 20: « Coloro, che sono chiamati ad « una sostituzione, ed il cui dritto non si sarà aperto « prima della loro morte, non potranno in veruno caso « essere riputati di averne trasmessa la speranza a' lo- « ro figli e discendenti, ancorchè la sostituzione sia « fatta in linea diretta dagli ascendenti, e che vi siano « altri sostituiti chiamati alla medesima sostituzione, « dopo quelli, che saranno morti, loro figli o discen- « denti. »

(3) T. I, art. 21: « La rappresentazione non avrà « luogo nelle sostituzioni sia in linea diretta o col- « laterale, e sia che coloro, a favore de' quali la sosti- « tuzione sarà stata fatta, vi siano stati chiamati col- « lettivamente, o che siano stati designati in particola- « re, e nominati secondo l'ordine di parentela, ch'essi « avevano con l'autore della sostituzione; il tutto a « menochè egli non abbia ordinato con un'espressa di- « sposizione, che la rappresentazione vi avrebbe luogo, o « che la sostituzione sarebbe deferita secondo l'ordine « delle successioni legittime. »

(b) Uniforme a quest' articolo è l'art. 1008 delle nostre leggi civili *Il trad.*

(4) Non intendiamo nulla innovare con gli art. 13, 14, e 15, in ciò, che concerne le disposizioni, con le quali il donante facesse una nuova liberalità al donatario sia tra vivi sia a causa di morte, a condizione, che i beni, che gli aveva precedentemente donati restassero gravati di sostituzione, ed in caso che il detto donatario accetti la nuova liberalità, fatta sotto la detta condizione, non gli sarà più permesso di dividere le due disposizioni fatte a suo favore, e di rinunziare alla seconda per tenersi alla prima, quand' anche offrisse di restituire i beni compresi nella seconda co' frutti, da lui percepiti.

Digitized by Google

fatta puramente e semplicemente, tali e tali beni, che formano la metà della porzione disponibile; poi con novella donazione del 29 nov. 1851 gli dona il resto della porzione disponibile a condizione, che conserverà e restituirà ai suoi figli nati e da nascere la totalità dei beni, tanto quelli donati li 11 di gennaro 1848, che quelli il 29 di novembre 1851. Se Secondo accetta questa seconda donazione, la prima liberalità perde il suo carattere primitivo di donazione pura e semplice. Il consenso delle parti interessate apporta nella situazione del donatario una modificazione grave, che egli ha l'obbligo di rispettare; perciocchè la sua rinunzia ad un vantaggio, di cui era impossessato, ha avuto un prezzo nella seconda donazione, ed il principio della irrevocabilità delle donazioni non riceve veruna scossa: « *Volenti non fit injuria* (1) » Epperò non può dopo la sua accettazione nè dividere le due donazioni, nè rinunziare alla seconda per tenersi alla prima; la sua obbligazione è assoluta, e deve adempirla.

Del resto poco importa, che questa seconda liberalità sia fatta per donazione o per testamento, che sia considerevole, o che sia minima.

2231. Osservate inoltre essere sottinteso, che la sostituzione officiosa non può essere imposta dopo il fatto ad una donazione pura e semplice, che solamente quando il gravato riceve una nuova liberalità per indennità di questo sacrifizio. Altrimenti la sostituzione mancherebbe di base; il donante disporrebbe di cose, che a lui più non appartengono, poichè se n'è spogliato irrevocabilmente. Il donatario darebbe un consenso senza causa, e sarebbe riputato di avere ceduto a delle importunità.

2232. Se in seguito dell'accettazione del peso di restituire i beni, che ha ricevuto precedentemente, il donatario vedesse la sua riserva intaccata dalla sostituzione officiosa, la sua accettazione non varrebbe, che sin alla concorrenza della porzione disponibile, e non avrebbe verun effetto sulla riserva, che dev'essere sempre intatta.

Primo dona per atto tra vivi degli 11 di gennaro 1848 a Secondo suo figlio primogenito tale immobile, che fa parte del disponibile; il 29 di novembre 1851 egli fa una seconda donazione di un altro immobile sotto la condizione, che le due liberalità saranno conservate e restituite a' figli nati e da nascere dal donatario. Questa donazione è accettata, ma alla morte del testatore viene assodato per l'ammontare della successione, che la quota disponibile è stata oltrepassata nella falsa supposizione di un attivo, ch'è scomparso. Secondo obbligato in conseguenza di prendere la sua riserva su di una porzione de' beni sostituiti, la ritirerà franca e libera sino alla debita concorrenza. Da una parte il donante non ha avuto il pensiero di attentare alle legittime, avendo voluto fare solamente quello, che la legge l'autorizzava a fare, e dall'altra il donatario non ha accettato per offendere la sua riserva. In tutti i casi la riserva essendo una parte della successione futura, non ha potuto essere anticipatamente l'obietto di alcuna valida convenzione (2).

2233. Ora supponiamo, che la seconda liberalità è fatta per testamento, e che Secondo accetta il legato dopochè l'inventario della successione avrà constatato l'eccedente delle liberalità. Diciamo, che anche in questo caso la riserva rest' affrancata. Perchè? Perchè il donante nel fare una sostituzione officiosa, non ha potuto pensare ad attenuare la riserva, che giusta la legge non potrebb'essere colpita; perchè nell'accettare la sua liberalità il donatar o l'ha intesa nello stesso senso della legge. Il gravato non ha potuto volere quel, che il defunto non ha voluto, e quel, che la legge vuole anche meno (3) (a).

2234. Che se il testatore mettendosi al di sopra della legge nel momento, in cui usa il suo benefizio, avessi espresso il pensiero illegale di fare cadere la riserva sotto il colpo della sostituzione, il legatario sarebbe ammesso a fare dichiarare non scritta una condizione contraria alle leggi ed all'ordine pubblico; o per lo meno la disposizione varrebbe soltanto sino alla concorrenza della porzione disponibile (4).

2235. In quanto a' terzi egli è evidente, che il peso della restituzione imposta dopo il fatto su de' beni, compresi in una precedente donazione, non potrebbe loro pregiudicare. Così i creditori del donatario, che avessero acquistato de' dritti su' beni donati, primachè fossero gravati di sostituzione, potrebbero sempre esercitare i loro dritti su questi beni in preferenza de' chiamati.

(1) Papiniano, l. 70. § 1 *in fine*, D., *De legat.* 2°. « *Non est audiendus legatarius, legato percepto si velit computare.* » Furgole, sull'art. 16 del tit. 1 dell'ordin.

(2) Coin-Delisle, n. 2, sull'art. 1052. Vazeille, n. 1, sull'art. 1052. *Contra:* Toullier, t. V, n. 732. Grenier, n. 364. Bayle-Mouillard *su Grenier*, t. III, p. 125 e seg. (nota del sig. Ancelot).

(3) Nota del sig. Ancelot *su Grenier*, n. 364 (t. III, ediz. Bayle-Mouillard, p. 128). *Contra* il sig. Coin-Delisle, *loc. cit.*

(a) Questa è una quistione d'intenzione; ma se il donante ha inteso di far gravare la sua disposizione sulla riserva, ed il donatario l'ha accettata in questo senso, allora vedi la nostra nota a pag. 315. *Il trad.*

(4) Duranton, t. IX, n. 532 e 533. *Contra*: Delvincourt, t. II, p. 100, nota 2. Rolland de Villargues, *loc. cit.*, nota 16. Toullier, t. V, n. 734. M. Dalloz, v° *Sostituzione*, sez. 2, art. 2, n. 15, 16, 17. *Sopra*, n. 2225.

Digitized by Google

Articolo 1053 — (1009)

I dritti de' chiamati saranno aperti nell' epoca, in cui per qualsisia causa cesserà il godimento del figlio, del fratello o della sorella, gravati di restituzione: l' abbandono anticipato del godimento a favore de' chiamati, non potrà pregiudicare i dritti de' creditori del gravato anteriore all' abbandono (a).

SOMMARIO

COMMENTARIO

2236. Quest'articolo si riferisce all'apertura del dritto de' chiamati, e vuole, che questo dritto si apra, quando il godimento cessa per qual si sia causa.

2237. Rileviamo da prima, che questo godimento del gravato, che farà luogo all' entrata in possesso de' chiamati, non s' intende nel medesimo senso del godimento accordato all' usufruttuario. Il gravato di sostituzione ha, egli è vero, molti rapporti con l'usufruttuario; così sopporta tutte le spese, che sono a carico de' frutti, e se sopravvengono delle grosse riparazioni, debbono essere rimborsate nel momento dell'apertura del dritto dei chiamati (1). Ma a differenza dell' usufruttuario egli è realmente proprietario de' beni gravati; di talchè può vendere i beni gravati; e come lo abbiamo dimostrato nel nostro *Commentario della vendita* (2), la vendita così fatta non è nulla ma solamente risolubile (3). Sarebbe lo stesso dell' ipoteca, che fosse stata conferita dal gravato su' beni sostituiti.

2238. Le cause, che fanno cessare il godimento del gravato sono involontarie o volontarie. Le cause involontarie sono le seguenti:

La morte naturale (4).
La indegnità.
L' ingratitudine.
L' inesecuzione delle condizioni.
L'inosservanza degli articoli 1056 e 1057.
La sopravvenienza di figli.

In tutti questi casi, eccettuato l' ultimo, la cessazione del godimento del gravato importa l' apertura del dritto de' chiamati. Lo che formalmente risulta da' termini del nostro articolo, che vuole, che questi dritti siano aperti nell'epoca, in cui per una causa qualunque il godimento del gravato di restituzione verrà a cessare.

2239. Diciamo, che il caso di sopravvenienza di figli fa eccezione a questa regola, di talchè lungi dal dare apertura al dritto de' chiamati, lo fa cadere con la disposizione. Ed in effetto il dritto di fare una sostituzione officiosa ad un collaterale è subordinato alla condizione, che il donante non avrà figli ulteriormente. La sopravvenienza di un figlio toglie alla liberalità la sua causa, la sua ragione di essere, e la vizia nella sua essenza.

(a) A quest' articolo corrisponde l' art. 1009 delle ll. civili. *Il trad.*

(1) Toullier, n.i 774, 775. — Sarebbe anche ammesso, nel caso in cui non potesse o non volesse fare l'anticipazione delle spese per le grosse riparazioni, a farsi autorizzare dal giudice in contradizione di un tutore alla sostituzione, a fare a tal effetto un impronto a peso de' chiamati.

(2) Tom. I, n. 212.

(3) Parigi 25 di luglio 1850 (Devill., 1850, 2, 459).

(4) La morte civile prima della legge de' 31 di maggio 1854, che l' ha abrogata, veniva pure considerata come producente la cessazione del godimento del gravato, poichè, come la morte naturale, aveva per effetto di togliere al gravato tutt' i suoi beni, e di aprire la sua successione a favore de'suoi eredi (art. 25 del C. Nap.) La incapacità, che ha rimpiazzata la morte civile, e che si limita a vietare al condannato ad una pena afflittiva perpetua di disporre o di ricevere a titolo gratuito, non ha per effetto di fare cessare il godimento del gravato, quando è di già cominciato prima della condanna.

2240. In quanto agli altri casi, anche nel caso di risoluzione, la regola del nostro articolo sussiste nello sua generalità.

Nulladimeno si è preteso, che quando il godimento del gravato cessa per la rivocazione della donazione, o per ingratitudine, o per inesecuzione delle condizioni, i beni debbono ritornare al donante, salvo a costui di restituire i beni ai chiamati nel caso, in cui costoro sopravvivessero al gravato, di talchè questo dritto de' chiamati sarebbe aperto solamente in quanto alla proprietà, ma non in quanto ai frutti.

La legge non fa tali distinzioni. Epperò quando il donante, al quale solo si appartiene il dritto di esercitare in questo caso l'azione di rivocazione, avrà fatto dichiarare la donazione rivocata, i beni saranno devoluti non a lui, ma ai chiamati.

Nonpertanto se i chiamati non ancora fossero nati, siccome non potrebbe avere luogo veruna devolazione, i beni gravati ritornerebbero provvisoriamente al donante.

2241. Beninteso del resto, che se i chiamati non adempissero le condizioni della donazione, o si rendessero colpevoli d'ingratitudine, il donante avrebbe contra di loro la stessa azione, che contra del gravato.

2242. Ma ecco una quistione più grave:

Supponiamo, che il gravato essendo stato privato del suo godimento per un' azione risolutorio, gli sopravviene un nuovo figlio dopo la devoluzione fatta ai suoi altri figli chiamati... Questo figlio non potrà nulla reclamare per lo motivo di essere stati i dritti dei chiamati diffinitivamente aperti e regolati prima della sua nascita? Bisogna rispondere, ch' egli avrà dritto di prendere parte come gli altri alla sostituzione. Ed in effetti come giustificare la sua esclusione in presenza del principio, che vuole, che la sostituzione non si possa operare, che a favore di tutti i figli nati o da nascere del donatario? Egli è vero, che l' art. 1053 nel dire, che il dritto dei chiamati sarà aperto nell' epoca, nella quale per qualsivoglia causa il godimento del gravato cesserà, pare di avere voluto attribuire un dritto diffinitivo ed esclusivo ai chiamati esistenti in questa epoca. Ma bisogna ben osservare, che con queste parole « i chiamati » la legge ha necessariamente inteso parlare di tutti i chiamati senza distinzione, e che i figli da nascere sono dei chiamati (1), che debbono avere una porte uguale.

Questo è del resto quello, che avverrebbe nel caso di morte naturale del gravato, se sopravvenisse un postumo dopo la divisione della sostituzione tra' figli nati e presenti. La nascita di questo postumo renderebbe necessaria una nuova divisione, e vi si procederebbe, come se il postumo fosse già nato nel momento della morte.

2243. Fuori di questo caso il dritto de' chiamati rimane fisso a quello, ch' era nel momento dell' apertura, e gli avvenimenti posteriori non possono modificarlo. Per esempio Primo istituisce Secondo nella porzione disponibile e gli sostituisce i suoi figli in numero di tre. Secondo è privato del suo godimento nel 1847 per inesecuzione delle condizioni della donazione, ed i suoi tre figli prendono il suo posto. Avviene, che il primogenito muore nel 1850 prima di suo padre e senza posterità. Alla sua volta il padre muore nel 1853, ed allora i due sopravviventi vengono a pretendere, che la divisione in tre, ch' è stato fatto nel 1847, è stato solamente provvisorio; che se la devoluzione si fosse fatta giusta le ordinarie previsioni del testatore, vale o dire nella morte del padre, avvenuta nel 1853, la divisione si sarebbe fatta in due e non in tre, essendo morto il loro fratello primogenito; ch' eglino non potevano essere frustrati dall'avvenimento impreveduto, che ha effettuato l' apertura della sostituzione; e che in conseguenza gli eredi dal fratello primogenito morto debbono restituire la parte della sostituzione, della quale hanno profittato solo provvisoriamente. Avranno eglino ragione? Null'affatto.

La parte, della quale il primogenito è stato impossessato per effetto dell'apertura della successione nel 1847, è diffinitivamente uscita dalla sostituzione; o' termini della legge la sostituzione è stat'operta a suo favore, ed in seguito l'ha trasmessa o'suoi eredi. E per vero non bisogno considerare l'epoca della morte di colui, ch'è gravato, dopoichè quando è morto, non era più gravato, ed il suo godimento era cessato diffinitivamente, ma invece bisogna avere riguardo a ciò, ch' esisteva nel momento dell' apertura della sostituzione. Questa è l' epoca decisiva, questo è l' avvenimento critico, che regola tutto. Non vi sono due aperture del fedecommesso, l'una provvisoria in tempo della decadenza, della risoluzione ecc., l'altra diffinitiva nel tempo della morte di colui, che era chiamato, ma ve n'è uno sola, quel'a, che si opera, quando agiscono le cause enumerate nel nostro articolo.

Indarno si direbbe, che nella specie stabilita nel numero precedente la divisione fatta tra' figli presenti nel momento dell' apertura anticipata ha dovuto essere rifatta per effetto della nascita ulteriore di un figlio, e che perciò non è esatto di dire, essere quest'apertura l'avvenimento decisivo, che determina le situazioni. Imperciocchè non vi è la menoma parità tra questo caso e quello, di cui in questo momento ci occupiamo. Tutte le parti non erano pre-

(1) *Sopra*, n. 2211.

senti alla divisione. Un figlio nato dopo, e non pertanto chiamato, ove vi era rappresentato, per lo che questa divisione non era, che provvisoria, e bisognava rifarla. Qui nulla di simile, perchè vi è apertura regolare e divisione tra tutt' i chiamati. Perchè dunque si ritornerebbe su di un atto così consumato?

Tali sono le cause involontarie, che fanno cessare il godimento del gravato. Esaminiamo ora le cause volontarie, ed i loro effetti.

2244. Il nostro articolo parla dell'abbandono anticipato, che fa il gravato a favore dei chiamati, e vi vede una causa di apertura della sostituzione. Codesta causa di apertura non differisce dalle precedenti, che in ciocchè concerne i creditori anteriori, a' quali questo abbandono non potrebbe recare pregiudizio. Ma tra il gravato ed i sostituiti ha i medesimi effetti, che l'apertura per morte, decadenza, risoluzione ecc.; essa è diffinitiva, non già provvisoria. I dritti rispettivi sono regolati in un modo invariabile, senzachè si debba preoccuparsi di quello, che avverrà nella morte di colui ch' era gravato, e ch' è cessato di esserlo mercè il suo abbandono (1).

A questa regola generale vi è una sola eccezione, ed è quella, che risulta dalla nascita di un figlio posteriore all'abbandono. Si può consultare quello, che a tale riguardo abbiamo detto nel n.° 2242.

Queste idee fondate su' principî e sul testo del nostro articolo, fanno cadere talune quistioni inventate da autori, che credono all' esistenza di due aperture, l'una provvisoria, l'altra diffinitiva; quistioni, che ci sembrano oziose ed immaginarie, e che crediamo inutile di esaminare (2).

2245. Ma quali saranno gli effetti dell' abbandono anticipato fatto dal gravato relativamente a' suoi creditori?

La seconda parte del nostro articolo decide, che quest' abbandono non può mai nuocere ai creditori del gravato anteriori all'abbandono.

Siffatta disposizione è presa a prestito dall' articolo 12 del titolo 1.° dell' ordinanza del 1747; se non che l' ordinanza distingueva espressamente tra' creditori per atto autentico ed i creditori chirografari, nè ammetteva questi ultimi ad esercitare i loro dritti e le loro azioni su' beni sostituiti, che quando i loro crediti, avevano una data certa anteriore alla rimessione de' beni. Quantunque il nostro articolo non faccia questa distinzione, deve nonpertanto esser ammessa, imperciocchè è di massima, che gli atti sotto firma privata non possono essere opposti a' terzi, se non quando hanno una data certa (3).

L' Ordinanza conteneva inoltre un' altra disposizione in rapporto a de' terzi acquirenti, ai quali il gravato avesse venduto i suoi dritti anteriormente all' abbandono (4). Evidentemente o non dev' essere lo stesso sotto del Codice; ò questa una disposizione di dritto comune. D'altronde i terzi acquirenti sono essi stessi dei veri creditori del gravato, giacchè costui è obbligato a garentir loro il godimento de' beni, che ha alienato a loro vantaggio.

2246. Il Codice si occupa solo del nostro articolo dalle cessazioni di godimento, che danno apertura al fedecommesso. Esso non parla delle cause di caducità, che viziano al gravato di entrare nel godimento.

Queste cause sono, la ripudiazione del gravato, la sua premorienza e la sua incapacità, risultante sia da un fatto d'indegnità, sia da una condanna ad una pena afflittiva perpetua (5).

2247. Esaminiamo dapprima queste circostanze, quando si tratta d'una sostituzione fatta per testamento.

Nell' antico dritto si decideva, che la caducità della instituzione importava la caducità della sostituzione (6), cioè si faceva eccezione, che pel caso, in cui la caducità derivava dalla ripudiazione del gravato.

Codesta disposizione era fondata su questo principio del dritto romano, che la validità di un testamento era subordinata alla istituzione di erede; ed in effetti l' ordinanza eccettuava il caso del testamento militare e della clausola codicillare, ove non vi era bisogno d' instituzione di erede.

In quanto alla ripudiazione l' Ordinanza decideva, non avere potuto il gravato nuocere al chiamato, ed allora costui prendeva il luogo del gravato (7).

(1) *Sopra*, n. 2243.

(2) Delvincourt, nota 3, sulla pag. 105. Duranton, t. IX, n. 606. Dalloz, *Sostituz.*, sez. 2, art. 6, n.i 9 ad 11. Vazeille n. 14 sull' art. 1053. Coin-Delisle, n.i 7 ed 8, sull' art. 1053. Marcadé, t. IV, n 226

(3) Art. 1328 del Cod. Napoleone (a).

(4) Art. 43 del tit. 1° dell Ordinanza del 1747: «Non « potrà del pari la detta restituzione anticipata nuocere « a coloro, che avranno acquistato de' beni sostituiti da « colui, che avrà fatta la detta restituzione, e non potranno essere evitti da quello, cui essa sarà stata fatta, « se non dopo del tempo, in cui il fedecommesso avrebbe dovuto essergli restituito ».

(5) Legge de' 31 maggio 1854.

(6) L' art. 26 del tit. 1 dell'Ordinanza del 1747 è così concepito: « In ogni testamento, eccetto il militare, « la caducità dell' istituzione importerà la caducità della sostituzione fedecommessaria, tranne che quando il « testamento conterrà la clausola codicillare ».

(7) L' art. 27 del tit. 1 dell'Ordinanza del 1747 è così concepito:

« La rinunzia dell' erede istituito, o del legatario, o « del donatario gravato di sostituzione non potrà nuo-

(a) Leggi civili art. 1282. *Il trad.*

Digitized by Google

Si diceva, che in questo caso il rinunziante altro non faceva, ch'escludersi da un dritto, che avev' acquistato, e che non aveva potuto dipendere da lui di cambiare i dritti de'fedecommessari, ma che invece non aveva fatto altro che anticiparli (1).

Sotto del Codice non vi è nessuna differenza tra queste cause di caducità. La caducità della disposizione in verun caso deve importare la caducità della sostituzione. I principî ammessi in questa materia dal dritto romano, e riprodotti dall' articolo 36 titolo 1.° dell' ordinanza del 1747, non sono più i nostri. Tutti i nostri testamenti non sono, che de'codicilli, ed hanno la semplicità del testamento militare de' romani. Epperò spetta agli eredi legittimi in mancanza de'legatari di restituire a'chiamati e sotto le medesime condizioni i beni gravati (2). Si scorge, che in simile caso la sostituzione volgare è sottintesa nella sostituzione officiosa per quant'occorre (3).

Diciamo per quant' occorre, onde non si abusi di questa proposizione nel caso, in cui non si presentano le condizioni della sostituzione volgare.

Supponiamo, che il gravato ripudî, e che in questo momento sia senza figli; più tardi il suo matrimonio diviene fecondo, ed i suoi figli si presentano per raccorre la sostituzione; ne avranno il dritto, sebbene non fossero nati nel momento della ripudiazione del padre loro, imperocchè è di massima, la rinunzia non potere nuocere ai sostituiti, e questo espressamente proclamava l' articolo 27 del titolo 1.° dell'ordinanza del 1747. Vi è parità di ragione per decidere oggi similmente.

Indarno si farebbe prevalere questo pensiero, « essere la sostituzione volgare sottintesa « nella officiosa in caso di caducità. » Si dirà forse, che qui i figli nati dopo della ripudiazione debbono essere respinti per la ragione, che la sostituzione volgare non potrebbe produrre effetto, che, solamente quando il chiamato volgare è vivente nel momento dell'apertura della successione? (4). Rispondiamo, che importa poco, non esser' applicabile la sostituzione volgare, imperciocchè la situazione, della quale ci occupiamo, non si spiega in tutti i casi con le idee della sostituzione volgare, ma ci basta nella ipotesi attuale del principio stabilito dall'Ordinanza, cioè, che la ripudiazione non pregiudica il chiamato.

Ben si può attaccarsi alla sostituzione volgare per fare valere la disposizione, ma non per annullarla, tantopiù che il testatore non ha voluto fare *a priori* una sostituzione volgare, ma il suo pensiero si è stato di fare una sostituzione fedecommessaria.

2248. Ora bisogna supporre, che la sostituzione sia stata fatta per donazione. Si scorge allora, che le circostanze di ripudiazione, di premorienza, e d' incapacità non saranno di veruna importanza per l' apertura della sostituzione, la quale non potrebbe allora aver luogo per una semplicissima ragione, cioè che senza valida accettazione del gravato non vi è contratto, e per conseguenza non vi è donazione. Ed in effetti la natura dell' atto esige il concorso di due volontà, e la donazione non può ricevere verun effetto sia relativamente al gravato sia relativamente ai chiamati, perchè non è stato altro, che un semplice progetto. Epperò non sapremmo uniformarci su questo punto all' opinione del signor Vazeille (5), che pretende essere qui compresa di dritto la sostituzione volgare nella fedecommessaria, ed il sostituito dover prendere il luogo del gravato.

2249. Nell' esaminare i dritti dei creditori anteriori alla rimessione dei beni fatta dal gravato, abbiamo poco innanzi supposto, non aver egli fatto l' abbandono di questi beni, se non dopo di essere entrato in godimento. Vediamo ora quali saranno i dritti dei creditori, se il gravato, senza neppure avere avuto il possesso, ha rifiutato di profittare del beneficio della disposizione: i suoi creditori potranno in questo caso attaccare la sua rinunzia?

L' art. 38 dell' ordinanza riconosceva questo dritto espressamente (6), e questo medesimo

« cere al sostituito, il quale nel detto caso prenderà il « posto del detto erede, legatario, o donatario, sia che « vi sia nel testamento una clausola codicillare, o che « si manchi; o similmente in caso di rinunzia del sostituito, colui, che sarà chiamato dopo di lui, prenderà « il suo posto ».

Art. 37, tit. 1: « Allorchè il gravato di sostituzione « avrà rinunziato alla disposizione fatta in suo favore « senza di essersi immischiato ne' beni sostituiti, o che « sarà morto senz'averlo accettata nè espressamente nè « tacitamente, giusta quello, ch' è detto nell' articolo « precedente, il sostituito di primo grado ne prenderà « il posto; di talchè i gradi di sostituzione non saranno « contati, che dopo di lui, e ne' medesimi casi di rinunzia o di astenersi di uno de' sostituiti. Egli non verrà « riputato di avere coperto un grado, ed il chiamato « dopo di lui prenderà il suo luogo; il tutto anche quando la rinunzia o l' astenersi del detto gravato o del « detto sostituito non fosse stata gratuita ».

(1) V. Furgole sull' art. 27 precitato. V. anche in Merlin (Repert., *Dello sostituz. fedecommess.*, sez. 15, § 1), un arresto degli 8 di gennaio 1784, renduto sulle conclusioni del sig. avvocato generale Seguier contra il conte Stanislao di Clermont Tonnerre.

(2) Toullier, t. V, n. 694.

(3) Furgole sull' art. 26, tit. 1, ove cita la giurisprudenza del Parlamento di Tolosa.

(4) Duranton, t. IX, n. 602.

(5) N. 4, sull'art. 1053.

(6) Art. 38 del tit. 1 dell'ordinanza del 1747. « Nondimeno non intendiamo, che la disposizione dell'articolo precedente poss'aver luogo nel caso, in cui i creditori del gravato o del sostituito saranno stati ammessi ad accettare la disposizione fatta a suo profitto, o a dimandare l' apertura della sostituzione invece del loro debitore per godere sua vita durante de' beni sostituiti, nel qual caso i gradi di sostituzione saranno contati come se avesse raccolto egli stesso i detti beni.

dritto s' induce chiaramente oggi dalla combinazione di questa disposizione con gli articoli 788 e 622 del codice Napoleone (1) (a).

Ma i creditori del gravato non saranno ammessi a fare cadere ono ripudiazione, che loro pregiudica, che nel solo caso, in cui si tratta di una disposizione testamentaria. Ed io effetti abbiamo più sopra stabilito (2), che i creditori del donatario non honno qualità per accettare in sua vece uoa liberolità, ebe il donante ha voluto fare personalmente al donatario.

Articolo 1054 — (1010).

Lo mogli do' gravati non potranno avere su' beni da restituirsi verun' azione sussidiaria in caso d'insufficienza di beni liberi, che pel solo capitale del denaro dotale, e nel solo caso, in cui il testatore l'avesse espressamente ordinato (b).

SOMMARIO

2250. Dell'azione sussidiaria, ch'è permesso al testatore di accordare alla moglie del gravato in certi casi su' beni sostituiti.
2251. Quest'azione non potrebb'esercitarsi pel capitale di un fondo dotale alienato.
2252. Nè per le convenzioni matrimoniali risultanti da un contratto di matrimonio in comunione.
2253. Il testatore non potrebbe accordare alla moglie del gravato un'azione più estesa di quella di quest' articolo.
2254. Il donante ha qui lo stesso dritto del testatore.

COMMENTARIO

2250. Abbiamo veduto, che la proprietà del gravato è una proprietà risolubile (3), e che se in tempo della sua morte vi sono dei chiamati sopravviventi, che prendono il soo luogo, tutti i dritti dei suoi aventi causa si trovano cancellati.

Nullodimeno a questa regola vi è uno eccezione riconosciuta dal nostro articolo, e che ha luogo nel caso in cui il testatore avesse espressamente autorizzata la moglie del gravato ad esercitare su' beoi sostituiti on'azione sussidiaria in caso d' insufficienza de' beni liberi. E quest'azione sussidiaria neppure ha luogo, che pel solo capitale de' denari dotali, e mai per interessi e pe' frutti.

L'ordioanza del 1747 aveva fatta l'eccezione molto più largo, dapoichè non era necessario, che il disponente avesse autorizzato quest' ozione sussidiario della moglie, ma aveva luogo di pieno dritto, nè si limitava al capitale de' danari dotali, ma abbracciava pure i frutti e gl'interessi della dote (4).

2251. Siegne dal testo del nostro articolo, che il fondo, che fosse stato costituito in dote allo moglie, e che il marito avesse indebitamente alienato, non è protetto dall'azione sussidiario, conceduta alla moglie del gravato. Questa non ha azione su'beni sostituiti per la sua indennità, salvo ad agire contro gli acquirenti del fondo dotale (5).

2252. Non vi è neppure azione sussidiario pel reimpiego del proprio alienato (6), per la indennità de' debiti (7), in una parola per le convenzioni matrimoniali risultanti dal contratto di matrimonio in comunione, perocchè i termini del nostro articolo l'indicano sufficientemente, e questo pure si deduce dallo spirito e da'testi dell'ordinanza del 1747.

2253. Non si comprende a primo colpo di occhio, perchè il dispoonente, che può fare della porzione disponibile tutto quello, che gli cooviene, che potrebbe pure donarlo alla moglie, se così gli piacesse, non potrà permettere a costei di esercitare una semplice azione di garentia sussidiaria per lo conservazione de' vantaggi matrimoniali. Così il Signor Toullier ha creduto, che l'articolo 1054 non deve essere limitato al capitale mobiliore, che quando il testatore si è limitato ad accordare il ricorso sussidiario in generale; ma che esso non si oppone, che la volontà del testatore, precisandosi dippiù, estenda in termini espressi i limiti di quest'azione sussidiario (8).

Ma questa opinione è difficile ad ammettersi

(1) *Sopra*, n.' 1886 a 2159. M. Mallaville, *Analisi del Cod.* ciò sull'art. 1053. Grenier. n. 371. Toullier, n. 790. Duranton. n. 605. Vazeille, n 17. sull' art. 1054. *contra:* Coin-Delisle, n. 12, sull'art 1053.

(a) Leggi civili articoli 705 e 547. *Il trad.*

(2) *Sopra*, n. 1100.

(b) Uniforme a quest' articolo 1010 delle Leggi civili. *Il trad.*

(3) *Sopra*, n. 2237.

(4) Art. 44 del tit. 1 dell'ordin. del 1747: « L'ipoteca o l'azione sussidiaria accordate alle mogli su'beni sostituiti in caso d'insufficienza di beni liberi, avrà luogo così pel fondo o capitale della dote, che pe' frutti o interessi, che saranno dovuti. »

(5) Furgole sull' art. 44 precitato, o sull'art. 49 del titolo 1. dell' ordinanza del 1747.

(6) Art. 49 del tit. 1. dell'ordin.

(7) Art. 50 del medesimo titolo.

(8) Toullier, t. V, n. 475. *Aggiungi* Rolland de Villargues, Repert. Favard, v° *Sostituzione*, sez. 2, § 1, n. 18.

in presenza de' termini del nostro articolo. Il disponente dunque potrebbe, seguendo il ragionamento del signor Toullier, autorizzare la moglie del gravato ad esercitare un'azione diretta pe' suoi dritti nuziali! È forse possibile di ammettere un tale pensiero? Il legislatore non ha voluto, che il disponente, che aveva inteso di fare una sostituzione, la distruggesse per de' mezzi indiretti. Egli ha giudicato la sua opera come qualche cosa di serio, e non gli ha permesso d'introdurvi delle condizioni, che la paralizzano o l'affievoliscono notabilmente. D'altronde non sarebbe stato facile al gravato o a sua moglie di creare delle cause fittizie di dritti e di assorbire così i beni sostituiti (1)?

2254. Benchè l'articolo 1034 non parli, che del solo testatore, come la persona, che può ordinare il ricorso sussidiario della moglie su'beni gravati, non vi è dubbio, che il donante non abbia il medesimo dritto.

Articolo 1033 — (1011).

Colui, che farà le disposizioni autorizzate dagli articoli precedenti, potrà col medesimo atto o con un atto posteriore in forma autentica nominare un tutore incaricato dell'esecuzione di queste disposizioni: questo tutore non potrà essere dispensato, che per una delle cause espresse nella sezione 6ª del capitolo 2° del titolo della *Minoretà, della Tutela e dell'Emancipazione* (a).

SOMMARIO

2255. Misure nell'interesse de' chiamati.
2256. In qual' atto la scelta del tutore può esser fatta.
2257. Non si può ricusare di accettare questa tutela, se non si è ne' casi di scusa, determinati dalla legge.

COMENTARIO

2255. Entriamo qui in una serie di disposizioni, che sin all'articolo 1069 s'occupano delle misure da prendersi nell'interesse de' chiamati.

Una delle più importanti è la nomina di un tutore incaricato di vegliare alla conservazione de' beni de' chiamati. Ed in effetti importa, che per la sola ragione, che il dritto del gravato s'apre, e la speranza de' sostituiti è nata, la gestione del gravato sia soggetta a certe formalità di controllo.

L'ordinanza del 1767 (2) voleva, che il primo sostituito fosse incaricato di rappresentare gli altri sostituiti nati o da nascere, e che nelle operazioni d'inventario e di liquidazione in occasione d'una sostituzione fosse il contradditore legittimo del gravato. Che se il primo sostituito era in istato di minoretà, o non era nato, si esigeva, che venisse nominato un tutore o curatore alla sostituzione.

Il Codice ha adottato un altro sistema; vuole, che il tutore alla sostituzione sia nominato dal testatore, ch'è il primo interessato a vedere assicurata l'esecuzione delle sue volontà, o in sua mancanza dal Consiglio di famiglia. Il nostro articolo si occupa del primo caso.

2256. La scelta del tutore può essere fatta con la stessa disposizione; può essere fatta pure con atto posteriore, ma allora bisogna, che quest'atto sia autentico.

Quest'atto è in forma autentica, o che sia fatto innanzi notajo, o che consista in una dichiarazione fatta innanzi il Giudice di pace, assistito dal suo cancelliere.

La nomina fatta con testamento olografo soddisfa pure alla condizione richiesta dal nostro articolo (3) dapoichè il testamento olografo vale come atto pubblico e solenne (4). Non è possibile di avere de' dubbi a tale riguardo, se si riflette, che il testamento olografo può fondare validamente l'instituzione e la sostituzione, e che quindi sarebbe bizarro, che non fosse abbastanza solenne per nominare un semplice tutore alla sostituzione. Forse il testamento olografo, organizzando la sostituzione, non potrà simultaneamente contenere la nomina di un tutore? Perchè dunque non potrebbe contenerla dopo il fatto? Da ultimo un esecutore testamentario può essere nominato in un testamento olografo, e si vorrebbe, che occorresse qualche cosa dippiù per nominare un tutore alla sostituzione!

2257. Avviene per le funzioni del tutore alla sostituzione lo stesso di quelle del tutore per causa di minorità o d'interdizione; è una carica pubblica, dalla quale non è permesso di dispensarsi, che in certi casi e per certe cause determinate. Il nostro articolo lo dice espressamente. Per lo contrario sotto dell'ordinanza veruna disposizione impediva al tutore di rifiutare questa carica.

(1) Malleville, *loc. cit.*, sull'art. 1054. Grenier, n. 378. Delvincourt, t. II, p. 415. Dalloz, v. *Sostituzione*, sez. 2, art. 3, § 2, n. 20, 21. Vazeille, n. 1, sull'art. 1054. Coin Delisle, n. 1, sull'art. 1051.

(a) Corrisponde ed è uniforme a questo articolo l'articolo 1011 delle leggi civili. *Il trad.*

(2) Art. 4 e 5 del tit. 2 dell'ordinanza del 1747.

(3) Coin-Delisle, n. 2, sull'art. 1055.

(4) *Supra*, n. 1498.

Articolo 1056—(1012)

In mancanza di questo tutore ne sarà nominato uno a diligenza del gravato o del suo tutore, se è minore, nel termine di un mese a contare dalla morte del donante o del testatore, o dal giorno, in cui dopo di questa morte, l'atto contenente la disposizione sarà stato conosciuto (a).

SOMMARIO

2258. A chi appartiene di richiedere la nomina del tutore alla sostituzione.

2259. Della forma di questa nomina.

COMENTARIO

2258 Lo scopo di quest'articolo è di assicurare la nomina del tutore, sia quando il disponente non ne ha scelto alcuno, sia quando la persona disignata ha potuto farsi dispensare dalla tutela, sia infine quando per una causa qualunque il tutore essendo cessato dalle sue funzioni, vi è luogo di provvedere alla nomina di un altro tutore. In questo caso spetta al gravato (o al suo tutore, s'egli è minore) di richiedere la nomina del tutore alla sostituzione. E siccome importa, che questo tutore possa esercitare immediatamente la sua sorveglianza, la legge fissa il termine, nel quale la nomina dev' esser fatta, ad un mese a contare dal giorno della morte del disponente, o dal giorno, in cui dopo di questa morte l'atto, contenente la disposizione, è stato conosciuto.

2259. Non si parla qui della forma, nella quale questa nomina dev'essere fatta, ma è facile di supplire al silenzio di questo articolo, ricorrendo al dritto comune. Il Consiglio di famiglia farà questa nomina, e si osserveranno le formalità indicate dalla legge per la composizione e convocazione di questo Consiglio nel titolo *della minor età* (1).

Articolo 1057—(1013)

Il gravato, che non si sarà conformato all'articolo precedente, sarà decaduto dal benefizio della disposizione, ed in tal caso il dritto potrà essere dichiarato aperto a favore de' chiamati, a cura sia de' chiamati, se sono maggiori, sia del loro tutore o curatore, se sono minori o interdetti, sia di qualunque parente de' chiamati maggiori, minori, o interdotti, o anche di officio a cura del procuratore del re presso il tribunale di prima istanza del luogo, in cui si è aperta la successione (b).

SOMMARIO

2260. Decadenza del gravato, quando non ha richiesto la nomina del tutore.

2261. Questa decadenza non viene incorsa di pieno dritto.

2262. Quando il gravato non ha figli non esiste contra di lui veruna azione di decadenza

2263. Il gravato minore, il cui tutore ha omesso di richiedere la nomina del tutore alla sostituzione, non dev'essere dichiarato decaduto.

COMENTARIO

2260. Il legislatore attacca una così grande importanza alla nomina di un tutore alla sostituzione, che pronunzia la decadenza del gravato, allorchè non avrà adempito alla disposizione dell'articolo precedente. In questo caso il dritto de' chiamati potrà essere dichiarato aperto sia a loro richiesta, sia anche di officio a richiesta del ministero pubblico. Questa decadenza non è stata introdotta nell'interesse degli eredi naturali del disponente, o dello stesso disponente, ma ha per iscopo di proteggere la sostituzione e coloro, che ne debbono profittare.

2261. La decadenza non è talmente di pieno dritto, che basti dimandarsi per ottenersi. I Giudici sono autorizzati ad esaminare le circostanze, ed a decidersi secondo l'esigenza de'casi, riflettendo però non doversi avere nè compiacenza nè debolezza per una negligenza caratterizzata.

Per convincersi di questa verità, bisogna combinare tra loro le due parti dell' articolo

(a) Uniforme a quest' articolo è l'articolo 1012 delle leggi civili. *Il trad.*

(1) Secondo i principi stabiliti sotto l'ordinanza del 1747 la nomina si faceva in un' assemblea di parenti autorizzati dal giudice. Furgole sull'art. 5, tit. 2, dell'ordinanza del 1747.

(b) Corrisponde uniformemente a quest'articolo l'articolo 1013 delle Leggi civili. *Il trad.*

Digitized by Google

1057. La prima pronunzia la decadenza senza dire a chi appartiene l'azione tendente a farla dichiarare. Nella seconda l'articolo si occupa dell'apertura della sostituzione, conseguenza di questa decadenza, ed allora solamente indica i chiamati ed il ministero pubblico, come investiti dell'azione, che può fare pronunziare quest'apertura. Da che siegue, che l'azione di decadenza non può essere esercitata, che da coloro, che hanno dritto di fare istanza per l'apertura del fedecommesso, e che conseguentemente se non vi è luogo all'apertura del fedecommesso, per esempio, perchè il gravato non ha figli viventi, niuno ha azione per la decadenza, non essendovi azione possibile per lo rilascio.

E questa conseguenza non è la sola; siccome l'apertura del fedecommesso è lasciata all'estimazione del giudice (come risulta da queste parole: *il dritto potrà essere dichiarato aperto*) ne segue, che la decadenza dev'essere pure l'obietto del suo equo esame. Ed in effetti gli attori non potrebbero avere dritti più rigidi per la decadenza, relativamente alla quale la legge non dà loro un'azione speciale, se non per l'apertura, che fa l'obietto principale, diretto, e preciso della loro azione.

2262. Diciamo, che quando il gravato non ha figli, niun'azione di decadenza esiste contra di lui. Per rendere questa verità più sensibile, supponiamo, che il gravato non abbia figli e che non abbia più la speranza di averne; egli non fa nominare un tutore alla sostituzione, perchè nella sua convinzione, questa sostituzione non si realizzerà mai. Nulladimeno avviene, che il ministero pubblico intenta contra di lui un'azione di decadenza. Come si potrà ammettere quest'azione? In quale scopo? In qual interesse? Forse per de' fratelli e delle sorelle, che il testatore ha eliminato, ed a di cui riguardo non è stata stabilita la nomina del tutore? La legge non ha voluto delle pene inutili, nè ha voluto il rovesciamento delle volontà del defunto.

Ma facciamo un passo di più: il gravato è figlio unico; suo padre lo istituisce nella porzione disponibile con sostituzione a favore dei suoi figli nati e da nascere; egli ha due figli, che muoiono quasi contemporaneamente al loro avo, ed il gravato rimane solo senza speranza di avere altri figli. Che! perchè il figlio unico non avrà fatto nominare un tutore alla sostituzione, che probabilmente non si realizzerà mai, il ministero pubblico potrà farlo dichiarare decaduto? Ma allora che cosa avverrà? O che in seguito di questa decadenza la porzione disponibile anderà a trovare de'cugini o de' procugini, a'quali il testatore non ha mai pensato, il che sarebbe assurdo, o che il gravato prenderebbe com'erede *ab intestato* quello, che gli è tolto come gravato; ed in tal caso a che serve l'azione del ministero pubblico?

So, che un arresto della corte di Parigi dei 29 di maggio 1841 (1), pare decidere nelle sue considerazioni, essere la decadenza imperativa ed assoluta, ma la specie era molto sfavorevole per lo gravato, dapoichè era la sua stessa unica figlia, che veniva a dimandare la sua decadenza per effetto della sua lunga negligenza. Epperò non bisogna stupire della decisione della corte di Parigi e del rigetto del ricorso dalla corte di cassazione (2).

Ma l'arresto della Corte Suprema non ci sembra esclusivo di una più indulgente decisione, ne' casi, in cui l'azione non riposasse sopra fatti così seri.

2263. Che se il gravato è minore, ed il suo tutore trascura di richiedere la nomina del tutore alla sostituzione, dovrà esser egli dichiarato decaduto? Affatto imperocchè in questo caso non si può dire, che il gravato non soddisfa alla disposizione dell'artic. 1057, ma il suo tutore è colpevole di negligenza, e non si deve fare ricadere sul minore incapace una pena, che è pronunziata soltanto contra la stessa persona del gravato, colpevole di negligenza (3).

ARTICOLO 1058 — (1014)

Dopo la morte di colui, che avrà disposto col peso della restituzione, sarà proceduto nelle forme ordinarie all'inventario di tutt'i beni ed effetti, che comporranno la successione, tranne nondimeno il caso, nel quale si trattasse soltanto di un legato particolare. Questo inventario conterrà la stima a giusto prezzo de' mobili ed effetti mobiliari (a).

SOMMARIO

2264. Scopo dell'inventario prescritto da quest'articolo.
2265. Deve versare su' mobili e gl' immobili.
2266. Deve contenere la stima de' mobili.
2267. Quest'articolo dispone soltanto per le sostituzioni testamentarie.

(1) Devill., 41, 2, 579.
(2) 17 aprile 1843 (Devill., 43, 1, 497).
(3) Coin-Delisle, n. 6, sull'art. 1057.

(a) Simile a quest' articolo è l' art. 1014 delle Leggi civili. *Il trad.*

COMMENTARIO

2264. Questo articolo ha per iscopo di giungere ad isbrogliare la sostituzione dalla successione, nel cui seno è confusa nel momento della morte del disponente, e nella quale una parte del suo attivo potrebbe diminuirsi, distornarsi, o perdersi, se lo stato generale di questa successione, sulla quale dev' essere presa, non fosse legalmente verificato.

Nulladimeno questa verificazione e questa constatazione sono ordinate soltanto nel caso, che la sostituzione è universale o a titolo universale. Dapoichè quando la sostituzione versa su di un obbietto speciale e particolare, la particolarità del titolo basta per impedire la confusione, il distornamento, e la perdita. Egli è vero, che l' ordinanza del 1747 (1) esigeva l' inventario in tutti i casi, o che la sostituzione fosse universale o particolare. Il codice ha pensato con ragione, che se la sostituzione fosse particolare, non ci era bisogno di fare le spese di un inventario per assicurare la disposizione.

2265. L' inventario dovrà aver luogo per gl'immobili della successione come pei mobili; la legge su questo punto non ha fatto distinzione. Anzi ha avuto cura di dire, che l' inventario doveva versare sopra tutti i beni, ed effetti, che compongono la successione del disponente. Essa ha compreso evidentemente sotto di questa espressione generale « tutti i beni ed effetti » gli immobili ed i mobili.

Si è contrastata (2) la necessità di comprendere gl' immobili nell' inventario, comechè l' uso si limita solamente a fare notare nell' inventario i mobili, e si sono citati in appoggio più articoli (3), nei quali il codice Napoleone, parlando dell' inventario dei beni, non intende evidentemente prescrivere, che un inventario del mobiliare.

Noi rispondiamo col testo del nostro articolo e con le seguenti parole di Furgole: « Egli è « necessario, che l' inventario racchiuda tutti « i beni ed effetti lasciati dal sostituente, così « mobili, che immobili; la lettera del testo è « chiara e precisa su questo punto, perochè non « si limita soltanto a' soli effetti mobiliari : il « che sembra fondato sul motivo, ch'egli impo« ne al sostituito di avere una pruova per « mezzo dell' inventario de' beni immobili, co« me de' mobili ed effetti mobiliari. »

2266. Il nostro articolo esige inoltre, come l'esigeva l' ordinanza, (4) che si faccia nell'inventario la stima da' mobili ed oggetti mobiliari.

2267. L' articolo 1058 prescrive la formalità dell' inventario solo per le sostituzioni fatte per testamento ; il che si rileva da queste parole : « dopo la morte del sostituente, » e dall' insieme dell'articolo. Non dispone per le donazioni tra vivi, che col suo silenzio dispensa dall'inventario. Tal' era pure il parere di Furgole sotto l' ordinanza del 1747: «Nel mio par« ticolare penso, non esservi una vera necessi« tà di fare procedere all'inventario, se non « quando la sostituzione è fatta con testamento, « con un codicillo, che si riferisce al testamen« to, e con un codicillo *ab intestato*, o con isti« tuzione contrattuale, e non quando si tratta di « una sostituzione contenuta in una donazione « tra vivi, ch' è realmente eseguita in vita del « donante, o quando è stato fatto uno stato dei « mobili ed effetti mobiliari compresi nella do« nazione, gravata di sostituzione (5). » Ed in effetti si scorge, che in questi casi la confusione tra la successione e la sostituzione non esiste, e che vi è una manifesta separazione, sia per mezzo della tradizione sia per mezzo dello stato estimativo.

ARTICOLO 1059 — (1015).

Esso sarà fatto a richiesta del gravato di restituzione e nel termine fissato nel titolo *delle Successioni* in presenza del tutore nominato per l' esecuzione. Le spese saranno prese su' beni compresi nella disposizione (b).

SOMMARIO

2268. Termine, tra il quale l' inventario dev' esser fatto.
2269. Della presenza del tutore all' inventario.
2270. Le spese dell' inventario debbono essere prese su' beni compresi nella sostituzione.

(1) Art. 1 del tit. 2.
(2) Coin-Delisle, n. 8, sull' art. 1058.
(3) Art. 451, 794, 1031, ec., del codice Nap. (a).
(a) Articoli 374, 711, 986 delle Leggi civili. *Il trad.*
(4) Art. 7 del tit. 2.
(5) Furgole sull' art. 2 del tit. 2.
(b) È uniforme a quest' articolo l' art. 1015 delle Leggi civili. *Il trad.*

COMMENTARIO

2268. Ordinando che l'inventario sia fatto a richiesta del gravato di restituzione, il nostro articolo rinvia al titolo *delle Successioni* in quanto concerne il termine da osservarsi per l'esecuzione dell'inventario. Ora l'erede a' termini dell'articolo 795 (a) del titolo *delle Successioni* ha un termine di tre mesi per fare l'inventario e quaranta giorni per deliberare. Si è quindi dimandato, se un termine simile dovesse essere accordato al gravato di restituzione. Il Signor Toullier si è pronunziato per l'affermativo (1). Ma l'opinione contraria non potreb-b'essere dubbia; l'erede non ha realmente, che un termine di tre mesi per fare inventario, ed un secondo termine di quaranta giorni gli è accordato unicamente, perchè prenda partito sulla sua accettazione o sul suo rifiuto della successione. Epperò il rinvio dell'articolo 1059 non potrebbe concernere questo ultimo termine.

2269. Quest' inventario a richiesta del gravato dev'essere fatto in presenza del tutore nominato per l'esecuzione . . . . È questo dice il nostro articolo, riproducendo presso a poco l'ordinanza del 1747, il di cui articolo 5 (titolo 2.° era così concepito: « . . . . . Se il primo « sostituito non ancora è nato, sarà nominato « un curatore alla sostituzione, che assisterà « al detto inventario: »

Ma se il tutore debitamente chiamato all'inventario, trascura di comparire, non vi si potrà forse procedere senza incorrere la nullità? È certo, che vi si potrà procedere in sua assenza.

Ecco quello, che Furgole (2) diceva su questo punto: « Non mi pare dubbio, che la contumacia di comparire in seguito di una assegnazione è equipollente alla presenza, e « che se l'inventario non potess' essere fatto, « che quando il curatore vi assistesse realmente, egli potrebbe impedirne la redazione: ma « il curatore contumace potrà essere tenuto dei « danni ed interessi, provvenienti dall'infedeltà « dell'inventario, occasionata dalla sua assenza, come avendo mancato al suo dovere. »

2270. Un' altra disposizione di questo articolo è, che le spese debbono essere prese dai beni compresi nella sostituzione.

Questa disposizione del codice ci sembra preferibile a quella dell'ordinanza del 1747(3), che metteva le spese dell'inventario a peso della successione. Ed in effetti perchè fare sopportare agli eredi le spese di una misura, che è presa nell' interesse comune del gravato e dei chiamati, perciocchè il suo scopo si è, che il gravato non sia tenuto di restituire più di quello, che ha ricevuto, e che costoro non possano reclamare più di quanto hanno diritto di pretendere?

ARTICOLO 1060 — (1016)

Se l' inventario non è stato fatto a richiesta del gravato nel termine sopraddetto, vi sarà proceduto nel mese seguente a diligenza del tutore nominato per l' esecuzione in presenza del gravato o del suo tutore.

ARTICOLO 1061 — (1017)

Se non si è adempito a' due articoli precedenti sarà proceduto allo stesso inventario a diligenza delle persone designate nell'art. 1057, chiamandovi il gravato o il suo tutore, ed il tutore nominato per l'esecuzione (b).

SOMMARIO

2271. Quali persone possono fare procedere all'inventario dopo il termine di tre mesi.

COMENTARIO

2271. Secondo questi articoli quando il gravato ha lasciato decorrere senza fare inventario il termine di tre mesi, che gli è impartito dall' articolo precedente, spetta al tutore dell' esecuzione di farvi procedere nel mese seguente. E l' importanza di questo inventario è tale, che se il tutore trascura di adempiere quest'a obbligazione, allora il dritto di richiedere l'inventario apparterrà sia ai loro parenti, sia pure al procuratore imperiale. Ma in tutti questi

(a) Leggi civili art. 712. *Il trad.*
(1) T. V, n. 751.
(2) Sull' art. 5, del tit. 2, dell'ordinanza.
(3) Art. 2, tit. 2.
(b) A questi articoli corrispondono uniformemente gli articoli 1016 e 1017 delle Leggi civili. *Il trad.*

Digitized by Google

casi l'inventario deve essere redatto in presenza del gravato o del suo tutore. Aggiungiamo, che se questi ultimi sono debitamente chiamati, la loro assenza non importerà la nullità dello inventario, ma bisognerà decidere qui, come abbiamo deciso relativamente al tutore della sostituzione (1).

Articolo 1062 — (1018)

Il gravato della restituzione sarà obbligato di fare procedere alla vendita per affissi ed incanti di tutt'i mobili ed effetti compresi nella disposizione, ad eccezione nondimeno di quelli, di cui è menzione ne' due articoli seguenti (a).

SOMMARIO

2272. Della vendita del mobiliare.

2273. Deve aver luogo per affissi ed incanti.

COMENTARIO

2272. Questo articolo impone al gravato la obbligazione di fare procedere alla vendita del mobiliare compreso nella sostituzione. Ed in effetti è difficile di conservare in buono stato per lungo tempo degli effetti mobili, laonde così nell'interesse del gravato come del chiamato importava, che la vendita avesse luogo il più presto possibile. Del resto questo articolo è la riproduzione pressochè testuale dell' art. 8 del titolo 2 della ordinanza del 1747 (2).

Epperò sotto del codice e sotto l' ordinanza la regola relativamente al mobiliare si è, che sia venduto dal gravato; e solamente per eccezione, come lo vedremo nei due articoli seguenti, deve essere conservato in natura. Furgole (3) c'insegna, che era diversamente prima dell' ordinanza, e che il gravato era autorizzato a conservare i mobili per restituirli solamente in natura. Questo uso era conforme al dritto romano (4).

2273. La vendita, alla quale deve fare procedere il gravato, è una vendita per affissi ed incanti. Non è una vendita giudiziaria, epperò non è necessario, che il gravato ottenga una ordinanza del giudice per procedere agl' incanti (5).

Articolo 1063 — (1019).

La mobiglia ed altre cose mobili, che saranno state comprese nella disposizione con la espressa condizione di conservarle in natura, saranno restituite nello stato, in cui si troveranno in tempo della restituzione.

Articolo 1064 — (1020).

Il bestiame e gli utensili inservienti alla coltivazione delle terre saranno riputati compresi nella donazione tra vivi e testamentarie delle dette terre; ed il gravato sarà solamente tenuto di farli stimare per renderne un uguale valore in tempo della restituzione (b).

SOMMARIO

2274. Il gravato non è tenuto di vendere il mobiliare: 1. quando il disponente ne ha ordinato la restituzione in natura.

2275. 2. Quando si tratta di mobili, che sono immobili per destinazione.

2276. Il gravato non è meno tenuto in questo caso di fare valutare i mobili, di cui si tratta.

2277. Altra eccezione preveduta dall'ordinanza.

(1) *Sopra*, n. 2259.

(a) È uniforme a quest'articolo l'art. 1018 delle Leggi civili. *Il trad.*

(2) « Il gravato di sostituzione sarà tenuto di fare procedere alla vendita per affissi ed incanto di tutt' i mobili ed effetti compresi nella sostituzione, ad eccezione nondimeno, di quelli, che potrà essere incoricato di conservare in natura giusto le disposizioni degli articoli 6 e 7 del tit. 1 della presente ordinanza. »

(3) Sull'art. 8 del tit. 2 dell'ordinanza.

(4) Ulpiano, l. 2, § 17, D., *De legat.* 3. Papiniano, l. 3, § 4, D., *De usuf. et fruct.*

(5) Forgole, *loc cit.*

(b) Uniformi a questi articoli sono gli articoli 1019 e 1020 delle Leggi civili. V. però la nostra nota nella pag. 330, n. 2276. *Il trad.*

COMENTARIO

2274. Questi articoli consacrano due eccezioni alla regola stabilita nell' articolo precedente. Il gravato non dovrà far vendere il mobiliare, quando si tratterà di mobili, dei quali il disponente avrà ordinato espressamente la restituzione in natura, o quando i mobili potranno essere considerati immobili per destinazione.

Esamineremo ciascuna di queste eccezioni.

La prima eccezione è tutta naturale; ed in effetti deve dipendere dal disponente di dispensare il gravato dalla vendita del mobiliare, che avrebbe potuto donargli senza del peso della restituzione.

L' ordinanza del 1747 (1) conteneva una eccezione analoga, ma nulladimeno molto meno larga. Essa non permettera al disponente d' impedire espressamente la vendita de' mobili ed effetti mobiliari, che in quanto questi mobili ed effetti servivano all' uso ed all' ornamento de' castelli e delle case, che facevano parte della sostituzione. Questa differenza tra l' ordinanza ed il codice tiene a che sotto l' impero dell' ordinanza i mobili erano considerati come un valore, pel quale si aveva poca affezione (*vilis mobilium possessio*), e la cui conservazione pareva poco importante. Al contrario dopo più di mezzo secolo la ricchezza mobiliare ha acquistata una grande importanza, e vi sono de' mobili, come azioni, rendite sullo Stato ec., la cui conservazione può essere preziosa ed utile pel benessere delle famiglie.

2275. La seconda eccezione, ch' è presa completamente in prestito dall' ordinanza del 1747 (2) è così concepita: « I bestiami e gli « utensili inservienti alla coltivazione delle « terre, saranno riputati compresi nelle dona- « zioni tra vivi o testamentarie delle dette ter- « re ». Si è restato sorpreso dell' avere il Codice creduto, dover fare qui un articolo speciale di questa disposizione, che non è altro, che l' applicazione del principio consacrato dall' art. 524 (a) sugl' immobili per destinazione; ma bisogna rammentarsi, che nell' epoca, in cui il titolo, che comentiamo, era decretato, il titolo della distinzione de' beni, nel qual è messo l'art. 524, non ancora era fatto (3), e che non si era ancora adottata veruna determinazione sul partito da prendersi relativamente alla quistione dell' immobilizzazione di certi mobili.

Del resto bisognerebbe ora generalizzare la disposizione dell' artic. 1064, ed estenderla a tutt' i mobili, che l'art. 524 dichiara immobili per destinazione.

2276. Il gravato in quest' ultimo caso è nondimeno tenuto di fare valutare i mobili, di cui si tratta, per restituirne un eguale valore in tempo della restituzione, o piuttosto per restituirne di uguale valore, come diceva l'art 6 del titolo 1° dell'ordinanza, dalla quale questa disposizione è stata presa in prestito E per verità il gravato non sarà tenuto di restituire il valore in denaro degli utensili e de' bestiami, ma sibbene utensili e bestiami della medesima specie e di uguale valore.... « per modo, dice « Furgole, che se egli fosse ammesso a resti- « tuire gli stessi corpi, bisognerebbe forse che « ne corrispondesse il minor valore (4)? » Evidentemente bisogna intendere quest' articolo nel senso dell' art. 1826 (b), che raccomanda al fittajuolo di lasciare un bestiame di uguale valore di quello ricevuto (5). L' omessione della particella *di* non è altro, che il risultamento di una inattenzione, e sembra certo, che il codice ha voluto riprodurre qui completamente la disposizione dell' ordinanza (c).

2277 L' ordinanza conteneva pure un caso, nel quale il gravato potev' astenersi di vendere i mobili compresi nella sostituzione, ed era quando il gravato avendo de' dritti da prelevare sulla successione del disponente, otteneva dal giudice l' autorizzazione d' imputare sulle detrazioni od altri dritti tutto o parte del mobiliare sostituito (6). Sebbene il codice abbia serbato il silenzio su questo punto, non vediamo, perchè non sarebbe lo stesso al di d'oggi. In questo caso l'intervento della giustizia offre delle garentie sufficienti pe' chiamati (7).

(1) Art. 7 del tit. 1.

(2) Art. 6 del tit. 1.

(a) Art. 447 delle Leggi civili *Il trad.*

(3) Il tit. *Delle donaz. de' testam.* è de' 3 maggio 1803; quello della *distinzione de' beni* è de' 25 gennaio 1804.

(b) Leggi civili art. 1672. *Il trad.*

(4) Sull' art. 6 del tit. 1.

(5) Nota del sig. Ancelot *su Grenier* (ediz. Bayle. Mouillard), n. 388.

(c) La redazione del nostro art. 1020 pare, che escluda assolutamente l' interpretazione dell' illustre autore. L' art. 1064 del cod. Napoleone dice « per renderne un ugoale valore » — ed il nostro autore ritiene, che vi si debba leggere « per renderne di un uguale valore» L' art. succitato delle nostre Leggi civili dica, — « per renderne l'ugual valore » il che esclude la possibilità di poter credere omessa la particella *di*; e per potere ammettere l'interpretazione del sig. Troplong, bisognerebbe cambiare l'articolo determinato *lo* nella mentovata particella *di;* il che ci sembra troppo ardito presso di noi, ove la legislaziono del codice francese è stata riveduta, e la redazione di quest' articolo si trova cambiata precisamente in quella parte, nella quale si vedeva la omessione. *Il trad.*

(6) Art. 9, tit. 2.

(7) Toullier, t. V, n. 763. Grenier, n. 389. Rolland de Villargues, Repert. del sig. Favard, v. *sostituz.*, cap. 2, sez. 2, § 4, n 16. Dalloz, v. *sostituz.*, sez. 2, art. 4. n. 14. Coin-Delisle o. 2, sull'art. 1064

Articolo — 1065 (1021)

Sarà fatto dal gravato tra sei mesi a contare dal giorno della chiusura dell'inventario, uno impiego de' denari contanti, di quelli pervenuti dal prezzo de' mobili ed effetti, che saranno stati venduti, e di quelli, che si saranno riscossi dagli effetti attivi.

Questo termine potrà essere prolungato, se vi è luogo.

Articolo 1066 — (1022).

Il gravato sarà parimenti tenuto d'impiegare il denaro proveniente dagli effetti attivi, che saranno ricuperati e dal rimborso de' capitali, e questo nello spazio di tre mesi al più tardi, dopo-chè avrà ricevuto questo denaro.

Articolo 1067 — (1023).

Tale impiego sarà fatto conformemente a quello, che sarà stato ordinato dall'autore della disposizione, se egli ha indicato la natura degli effetti, ne' quali l'impiego dev'essere fatto; se no, non potrà essere fatto, che in immobili o con privilegio su degli immobili.

Articolo 1068 — (1024).

L'impiego ordinato dagli articoli precedenti sarà fatto in presenza ed a diligenza del tutore nominato per l'esecuzione (a).

SOMMARIO

2278. Dell'impiego delle somme, delle quali la sostituzione deve profittare.
2279. Termine tra il quale l'impiego deve aver luogo.
2280. Come l'impiego dev'essere fatto.
2281. Del concorso del tutore a quest'impiego.

COMENTARIO

2278. Questi quattro articoli hanno per obietto di tracciare le regole, che debbono essere osservate dal gravato per l'impiego delle somme, delle quali la sostituzione deve profittare. Tali regole, che esamineremo rapidamente, sono del resto presso a poco le stesse di quelle dell'ordinanza del 1747 (1).

Diciamo dapprima, che questa obbligazione d'impiego, alla quale il gravato è sottoposto, e che non era in uso prima dell'ordinanza (2), è una precauzione saggissima per conservare i beni mobili sostituiti, ed impedirne la perdita, la dissipazione o la diminuzione.

2279. L'impiego dev'aver luogo prontamente nel termine di sei mesi a contare dalla chiusura dell'inventorio, se si tratta di denaro contante compreso nella sostituzione, o di denaro provveniente dalla vendita agl'incanti degli effetti mobiliari, o infine de' denari ricevuti in pagamento di effetti attivi... Aggiungiamo: e se si tratta d'una sostituzione universale. Dapoichè se si tratta di una disposizione a titolo particolare, abbiamo veduto, che allora la legge non esige inventario. Da qual momento in questo caso decorrerà il termine?

La quistione è di poco interesse, comechè niuna nullità risulta dall'inosservanza del termine di sei mesi, e che d'altronde il giudice ha ogni facilità per prolungarlo. Nel silenzio del codice si potrebbe dirigersi al giudice per determinarlo. Ciò non avrebbe nulla d'insolito, poichè l'art. 12 del titolo 2 imponeva a' giudici di fissare il termine, tra 'l quale l'impiego doveva essere fatto.

Ma il termine sarà di soli tre mesi dal giorno della recezione della somma, se si tratta di ricuperamento di effetti attivi o di rimborso di capitali seguito per le cure del gravato (3).

La legge nel richiedere un impiego così sollecito ha voluto nell'interesse soprattutto dei chiamati, che il denaro non corresse il rischio di andare perduto.

2280. Che se il disponente non ha regolato la forma di questo impiego, esso non potrà essere fatto, che in immobili o con privilegio sopra immobili. Del resto è certo, che questa espres-

(a) Uniformi a questi articoli sono gli articoli 1021, 1022, 1023 e 1024, delle Leggi civili. *Il trad.*

(1) Dell'art. 10 all'art. 17 del tit. 2.

(2) Furgole, sull'art. 10 del tit. 2.

(3) Art. 13 del tit. 2 dell'ordinanza.

Digitized by Google

sione di privilegio, di cui si serve l'art. 1067, non può intendersi qui nel senso speciale, che il codice gli dà, quando tratta de' privilegi e delle ipoteche. L'articolo evidentemente intende parlare semplicemente di un dritto di preferenza ipotecaria. Il titolo de'privilegi e delle ipoteche è stato decretato soltanto posteriormente a questo (1), nè si sapeva ancora quale sistema ipotecario sarebbe stato prescelto. Per lo che la più parte degli autori riconoscono, che il gravato adempirà ampiamente la sua obbligazione di garentire il suo impiego, prendendo una primo ipoteca su di un immobile non gravato di previlegio e d'ipoteca legale (2).

2281. Da ultimo questo impiego e reimpiego debbono essere fatti dal gravato a diligenza ed in presenza del tutore nominato per l'esecuzione. E da questo concorso obbligato del tutore a questo impiego, si è conchiuso con ragione, che se il gravato lasciava spirare i termini senza far nulla, il tutore doveva convenirlo in giudizio per costringerlo a trovare un impiego; e frattanto a depositare i fondi nella cassa de' depositi.

Articolo 1069 — (1025)

Le disposizioni per atti tra vivi o testamentarie col peso della restituzione, saranno a diligenza, sia del gravato, sia del tutore nominato per l'esecuzione, rese pubbliche; cioè in quanto agl'immobili con la trascrizione degli atti su' registri della conservazione delle ipoteche del luogo della situazione; ed in quanto alle somme collocate con privilegio su degl' immobili, con l' inscrizione su' i beni affetti al privilegio (a).

Sommario

2282. Della trascrizione delle sostituzioni.
2283. Necessità di una seconda trascrizione nel caso preveduto dall'art. 1052.
2284. Chi deve fare la trascrizione.

Comentario

2282. Abbiamo esaminato le diverse precauzioni tracciate dalla legge nell'interesse dei chiamati. Entriamo adesso in una serie di misure ordinate soprattutto nel punto di veduta del credito e dell'interesse de' terzi.

La principale consiste nella pubblicità della sostituzione. Tale pubblicità si ottiene per quanto concerne la sostituzione degl'immobili con la trascrizione su' registri della conservazione delle ipoteche della situazione, ed in quello, che concerne le somme collocate con privilegio su degl' immobili con la inscrizione su' beni affetti al privilegio.

Nell'antico dritto francese la pubblicità delle sostituzioni era stata del pari l'obietto delle preoccupazioni del legislatore, che aveva voluto mettere i sostituiti al sicuro dalle frodi, che praticavano i gravati, occultando il contenuto dei testamenti e delle donazioni, che creavano la sostituzione. Dapprima fu comandata dall'editto del mese di maggio 1553 (3), che volle, che ogni sostituzione fedecommessaria fosse pubblicata insinuata, e registrato nei tre mesi; l'ordinanza del 1556(4) confermò queste disposizioni, ed accordò un termine di sei mesi per la pubblicazione ed il registro delle sostituzioni fedecommessarie. Infine l'ordinanza del 1747 (5) sviluppò i mezzi propri ad assicurare di più in più la pubblicità delle sostituzioni, e volle, che indipendentemente dall'insinuazione, le sostituzioni fossero rendute pubbliche nei sei mesi mercè pubblicazioni fatte all' udienza e ne' registri nella cancelleria, e che la comunicazione dei registri fosse data ad ogni richiedente.

Queste formalità sono state ridotte dal codice alla trascrizione dell' atto nella conservazione delle ipoteche, nè dobbiamo spirgarci nuovamente qui su questa formalità, ma rinviamo a quanto ne abbiamo di già detto nel nostro comentario degli articoli 939 e seguenti (6).

2283. Nullodimeno facciamo qui osservare, che quando si tratta di una disposizione per atto tra vivi, che giusta il dritto comune è soggetta alla trascrizione, questa trascrizione richiesta dall'art. 939 si confonde con quella, che il nostro articolo impone. Senza di che si cadrebbe in un doppio adempimento costoso ed inutile.

(1) Il titolo *De' privilegi e delle ipoteche* fu decretato il 19 di marzo 1804; quello *Delle donazioni e testam.*, l' era stato il 3 di maggio 1803.

(2) Toullier, t. V, n. 760. Rolland de Villargues, *loc. cit.*, n. 23. Duranton, t. IX, n. 574. Coin-Delisle, n. 1, sull' art. 1067. Vazeille, va anche più lontano, e decide (n. 1, sull' art. 1067), che si potrebbe secondo le circostanze contentarsi di una ipoteca di secondo o terz' ordine.

(a) Corrisponde a quest'articolo l' art. 1025 delle Leggi civili. *Il trad.*

(3) Art. 4.

(4) Art. 57.

(5) Tit. 2 dell' art. 18 all' art. 34.

(6) N.° 1147 e seg.

Digitized by Google

Però potrà avvenire, che bisognerà una seconda trascrizione, ed è quando l'ipotesi preveduta dall'art. 1052 si realizzerà, vale a dire allorchè nel fare una seconda liberalità, il disponente impone il peso di restituire su di una donazione anteriore, fatta puramente e semplicemente.

2284. Il gravato o il tutore della sostituzione devo far eseguire la trascrizione e lo inscrizioni.

Niun termine è stato loro imposto dal codice, onde abbiano ad adempiere queste formalità. E si è preteso(1) a torto, che il termine di sei mesi a contare dalla morte del testatore o dell'atto di disposizione tra vivi, fissato dall'ordinanza del 1747, dovesse rivivere di pieno dritto in presenza di questo silenzio del nostro articolo. Ma è evidente di non potersi invocare la disposizione di una legge abrogata per regolare un termine ed una decadenza sotto pretesto, che la legge attuale ha omesso di pronunziarsi. Solamente se la mancanza di trascrizione produce un pregiudizio, il gravato sarà responsabile verso i chiamati, privati pel suo fatto di un regresso contro dei terzi, che avessero con lui contrattato nell'ignoranza legale della sostituzione; il che si vedrà nell'articolo seguente.

Articolo 1070 — (1026)

La mancanza di trascrizione dell'atto contenente la disposizione, potrà essere opposta dai creditori e da' terzi acquirenti anche a' minori ed agl'interdetti, salvo il regresso contro il gravato e contro il tutore dell'esecuzione, e senzachè i minori o interdetti possano essere restituiti contra questo difetto di trascrizione, quando pure il gravato ed il tutore si trovassero insolvibili (a).

SOMMARIO

2285. Quali persone possono prevalersi della mancanza di trascrizione.

2286. A chi può essere opposta la mancanza di trascrizione.

2287. Quello, che il codice dice della mancanza di trascrizione, dova applicarsi alla mancanza d'inscrizione.

COMMENTARIO

2285. Questo articolo, che è preso in prestito dall'art. 32 del titolo 2 dell'ordinanza del 1747 spiega da chi ed a chi può essere opposta la mancanza di trascrizione.

Le persone che possono prevalersi dell'omessione della trascrizione sono i creditori ed i terzi acquirenti, cioè, dice Furgolo (2), secondo Maynard (3): « Tutti coloro che hanno « contrattato col gravato a titolo non gratuito, « sia per creare qualche credito o per acqui- « stare i beni sostituiti, anche coloro, che « hanno quasi contrattato col gravato, quando « pure il contratto o il quasi contratto fosse « anteriore alla delazione dei beni sostituiti ». I terzi sono riputati ignorare la sostituzione sino a che la pubblicità legale non l'ha portata a loro conoscenza. Eglino hanno potuto contrarre col gravato, comprare i beni sostituiti, seguire la sua fede, senzachè si possa loro opporre il dritto dei chiamati, che è restato nell'ombra. Così vogliono le leggi del credito e la sicurezza delle transazioni.

2286. Siegue da ciò, che le persone contra delle quali il difetto di trascrizione può essere invocato, sono tutti i chiamati, di qualunque età, stato, e condizione, essi siano, e non solamente i maggiori, che sono capaci di agire, ma anche i minori e gli interdetti.

E la sollecitudine della legge è così grande qui per l'interesse dei terzi, che i minori e gli interdetti non possono farsi restituire contro la mancanza di trascrizione, anche quando il gravato ed il tutore si trovassero insolvibili.

Questa ultima disposizione aveva incontrato per lungo tempo delle difficoltà presso gli autori, gli uni accordando, gli altri ricusando la restituzione in questo caso ai minori ed agl'interdetti. Una dichiarazione del re dei 18 di gennaio 1712 aveva troncato la quistione in favore di questi ultimi (4). Ed in questo medesimo senso l'ordinanza ed il codice l'hanno decisa.

2287. Facciamo qui osservare, che sebbene il nostro articolo parla unicamente della mancanza di trascrizione, deve pure applicarsi alla mancanza d'inscrizione quando questa inscrizione è richiesta nel caso dell'art. 1069.

(1) Malevillé, *Analisi sul Codice*, sull'art. 1069. Laporte, *Pandette francesi*, sull'art. 1069.

(a) Uniforme a quest'articolo è l'art. 1026 delle leggi civili. *Il traduttore.*

(2) Sull'art. 32 del tit. 2.

(3) L. 5, cap. 95.

(4) Furgole, *loc. cit.*

ARTICOLO 1071 — (1027).

La mancanza di trascrizione non potrà essere supplita nè ritenuta come coperta dalla conoscenza, che i creditori o i terzi acquirenti potrebbero avere avuto della disposizione per altre vie, che per quella della trascrizione (a).

SOMMARIO

2288. La trascrizione è una formalità integrale, senza della quale la trascrizione non può aver effetto relativamente a' terzi.
2289. Rinvio.

COMENTARIO

2288. Come l'ordinanza, (1) questo articolo ricusa di ammettere, che i creditori o terzi acquirenti possano avere scienza della sostituzio ne per vie diverse della trascrizione. Epperò la trascrizione è una formalità integrale, senza della quale una sostituzione non può aver alcun effetto relativamente a' creditori ed ai terzi acquirenti (2), ed importerebbe poco, che colui, che avesse contrattato col gravato, avesse assistito come testimone all'atto di sostituzione, e l'avesse sottoscritto. Il che ha giudicato con ragione un arresto del Parlamento di Tolosa de' 21 maggio 1728 (3).

2289. L'osservazione, che abbiamo fatta sull'articolo precedente in quanto alla mancanza d'inscrizione, si applica del pari a quest'articolo (4).

ARTICOLO 1072 — (1028)

I donatari, i legatari, e neanche gli eredi legittimi di colui, che avrà fatta la disposizione, nè similmente i loro donatari, legatari, od eredi potranno in verun caso opporre a' chiamati la mancanza di trascrizione o d' inscrizione (b).

SOMMARIO

2290. Spiegazione di quest' articolo.

COMENTARIO

2290. Vi è una eccezione alle regole precedenti, ed è quella delle persone, relativamente alle quali le sostituzioni, quantunque non trascritte, conservano il loro intiero effetto. Sono costoro, giusta il nostro articolo, dapprima i donatari i legatari,ed anche gli eredi legittimi di coloro, che ripetono a titolo gratuito i loro dritti dal disponente. Questa doppia disposizione è copiata dall'ordinanza del 1747 (5), la quale l' aveva anch'essa presa in prestito dalla dichiarazione del Re de'16 di gennaio 1712(6).

È facile di comprendere, perchè queste persone sono state messe in una condizione diversa di quella de' creditori e de' terzi acquirenti; quando costoro sono convenuti per l'evizione, « *certant de damno vitando* »; coloro per lo contrario « *certant de lucro captando* ». Si può ricorrere a quello, che abbiamo esposto più sopra n.° 1177 e seguenti (7); vi si troverà la soluzione di un'altra quistione agitata tra il signor Grenier da una parte (8) ed i signori Delvincourt (9) e Duranton dall' altra (10), che consiste nel sapere, s'è interdetto al secondo donatario di opporre la mancanza di trascrizione non solamente a' chiamati, ma anche al gravato. Egli è acquirente a titolo gratuito, e non potrebbe prevalersi di un dritto, ch'è stato solamente stabilito a favore degli acquirenti e creditori a titolo oneroso. Tra persone, che si disputano un lucro, la legge non si allontana da queste due regole: 1.° *Prior tempore, potior jure est*; 2.° Niuno può trasmettere ad altri maggior dritto di quello, che ne abbia egli stesso.

(a) A quest' articolo è uniforme l' artic. 1027 delle leggi civili. *Il trad.*
(1) Art. 33 del tit. 2.
(2) Furgole sull' art. 33 del tit. 2. *Sopra*, n. 1181.
(3) Furgole sull' art. 23 dell' ordinanza del 1735.
(4) *Sopra*, n 2287.
(b) Corrisponde a quest' articolo l' art. 1028 delle leggi civili. *Il trad.*
(5) Art. 34 del tit 2.
(6) Furgole sull' articolo precitato.
(7) Thevenot, n. 733.
(8) N. 380.
(9) T. II. p. 418.
(10) T. IX, n. 580. *Aggiungi* Dalloz, sez. 2, art. 3, n. 12.

ARTICOLO 1073 — (1029).

Il tutore nominato per l'esecuzione sarà personalmente responsabile, s' egli non si è in ogni punto conformato alle regole più sopra stabilito per constatare i beni, per la vendita del mobiliare, per lo impiego del denaro, per la trascrizione e la inscrizione, ed in generale se non ha fatto tutte le deligenze necessarie, onde il peso della restituzione sia bene e fedelmente eseguito (a).

SOMMARIO

2291. Della responsabilità del tutore della sostituzione.

COMMENTARIO

2291. Dopo di avere prescritto le misure da prendersi nell'interesse de' chiamati e nell'interesse de' terzi; dopo di avere indicato qual' è il dovere del tutore della sostituzione ne' differenti casi, che ha passato in rivista, la legge dichiara espressamente il tutore personalmente responsabile, se non si è per il tutto conformato alle regole più sopra stabilite. Nulladimeno non attacca alla sua gestione la garentia dell'ipoteca legale, alla quale sono sottoposti i beni de' tutori ordinari. Questa differenza dipende senza dubbio da che le funzioni di tutore della sostituzione non hanno nè la importanza nè la estensione di quelle del tutore del minore o dell'interdetto.

ARTICOLO 1074 — (1030).

Se il gravato è minore, non potrà, neppure nel caso d' insolvibilità del suo tutore, essere restituito contra l' inesecuzione delle regole, che gli sono prescritte dagli articoli del presente capitolo (b).

SOMMARIO

2292. Utilità di questa disposizione.

COMMENTARIO

2292. Abbiamo veduto (1), che sebbene vi sia un tutore nominato per l'esecuzione della sostituzione, il tutore del gravato nel caso di minorità di questo, non è esonerato dalla responsabilità, laonde può avvenire, che il gravato abbia un ricorso da esercitare contra del suo tutore. Ma allora, ed è quello, che questo articolo ha per iscopo di decidere, il gravato non si potrà prevalere della insolvibilità del suo tutore per farsi restituire contra l'inesecuzione delle regole, alla cui osservanza il tutore era obbligato di vegliare.

L'art. 1070 aveva preso cura di decidere così relativamente al tutore della sostituzione, che avesse trascurato di far eseguire la trascrizione. Era utile di stabilire la medesima regola in una maniera più generale di rimpetto al tutore ordinario. È per verità non sarebbe stato giusto, che la minorità del gravato avesse potuto nuocere a' terzi o a' chiamati.

(a) Uniforme a quest' articolo è l' articolo 1029 delle leggi civili. *Il trad.*

(b) Corrisponde uniformemente a quest' articolo l'articolo 1030 delle leggi civili. *Il trad.*

(1) *Sopra*, n. 2252.

Digitized by Google

CAPITOLO VII.

DELLE DIVISIONI FATTE DAL PADRE, DALLA MADRE ED ALTRI ASCENDENTI TRA' LORO DISCENDENTI.

Articolo 1073 — (1031)

Il padre, la madre, e gli altri ascendenti potranno fare tra' loro figli e discedenti la distribuzione e la divisione de' loro beni (a).

SOMMARIO

2293. Scopo ed utilità della divisione dell' ascendente. — Ciocchè la distingue dalla dimessione de' beni.
2294. Origine istorica. — Dritto romano. — Differenza tra il testamento *inter liberos* e la divisione *inter liberos*.
2295. Del dritto consuetudinario. — Varietà delle consuetudini. — Tratti comuni, pe' quali il dritto consuetudinario si distingue dal dritto romano.
2296. Nel nostro capitolo si tratta della divisione fatta dagli ascendenti, e non da' collaterali. — Il potere dell' ascendente è sommesso a delle regole nell' interesse de' suoi figli.
2297. Il padre, che fa la divisione de' suoi beni, non ha meno il dritto di donare il disponibile per precapienza ad uno de' suoi figli.
2298. La divisione si fa per donazione o per testamento.
2299 Essa imita, ma non in tutte la successione naturale.
2300. Del vero carattere della divisione *inter liberos*. — Fatta tra vivi, non è nè, una donazione propriamente detta, nè un' anticipazione di eredità.
2301. Nulladimeno è rivocata per ineseczuione delle condizioni come una donazione.
2302. Fatto per testamento, non è un vero legale. — Conseguenza.
2303. Continuazione. — La rappresentazione è ammessa, salvo per la precapienza, ch'è un vero legato.
2304. Il padre dev' osservare le regole di una divisione ordinaria, ma solamente quelle, che sono essenziali, per esempio l' uguaglianza nella composizione delle quote.
2305. Il figlio, che ha accettata una quota in vita di suo padre, è ammessibile a contradire dopo la morte di questo l' equa composizione di questa quota.
2306. Della clausola, con la quale il padre dona con precapienza quello, che in una quota si trova dippiù dell' altra.
2307. La divisione *inter liberos* ha gli effetti di una divisione ordinaria.

COMMENTARIO

2293. Il nostro articolo dà a' padri ed alle madri ed agli altri ascendenti la più dolce magistratura, confidando loro il potere di fare tra' loro figli la divisione de' loro beni (1).

Quest'atto del padre di famiglia è conosciuto nella giurisprudenza sotto il nome di abbandono de' beni o di divisione di ascendente (2). Non è la dimessione de' beni conosciuta nell'antico regime (3). Perocchè anche per lo innanzi, e quando la dimessione de' beni era legalmente praticata, era distinta dalla divisione *inter liberos*. La dimessione non conteneva necessariamente una divisione, nè si confondeva con la divisione *inter liberos*, che quando il dimettente la faceva tra le persone e con le condizioni, alle quali conveniva la divisione *inter liberos*.

Talvolta il padre fa la divisione de' suoi beni tra' figli per testamento. Allora il suo scopo è di distribuire la sua successione per modo da fare regnare dopo lui tra' suoi figli la concordia e l'unione. Ma più sovente l'ascendente procede per la via della donazione tra vivi. Quando un padre sente il peso dell' età, e che l'ora del riposo è suonata per lui, trova ne' suoi figli de' successori naturali, che nel prendere i suoi beni per anticipazione, l'esonerano da una penosa amministrazione, ed assicurano ai suoi vecchi giorni per mezzo d'una pensione, un'esistenza onorata ed esente da cure. E non solamente con ciò si assicura, che la sua morte non sarà seguita da domestiche dissensioni, ma dippiù gode anticipatamente della pace, che gli sopravviverà, grazie alla saviezza delle sue disposizioni ed alla sua confidenza ne' suoi figli. Il perchè le divisioni anticipate tra' figli sono usitatissime in molte provincie della Francia, e vi producono degli eccellenti effetti.

(a) Uniforme a quest' articolo è l'art. 1031 delle leggi civili. *Il trad.*

(1) Favard de Langlade, *Rapporto del Tribunato* (Fenet, t. XII, p. 644. Locrè, t. XI, p. 509).

(2) Merlin, Repert., v° *Divisione di ascendenti*.

(3) *Sopra*, n. 35, Genty, *Della divisione degli ascendenti*, n. 31. Zachariae, t. V, p. 469, § 7/8, nota 1.

Digitized by Google

Indarno la sottigliezza del dritto opporrebbe, che le divisioni anticipate feriscono il principio, per lo quale non si può patteggiare su di una successione futura. La magistratura paterna, esercitata nella casa domestica per bandirne le discordie, ha un carattere così rispettabile e così tutelare, che non si ha da temere con essa gl' inconvenienti, ordinariamente legati a' patti sulle successioni future. Essa impedisce le discussioni invece di farle nascere; essa è utile alla famiglia invece di crearle degl'imbarazzi. Che cosa vi è di più favorevole di questo intervento del padre, che previene felicemente l'uffizio de' periti, degli arbitri, e de' Giudici, che dispensa dalle formalità e dalle lentezze ordinarie, mentre conserva i dritti di tutti? Salomone dice benissimo ne' suoi proverbi: « *Sapiens dominabitur filiis stultis, et* « *inter fratres haereditatem dividet*(1); ed è il caso di ripetere con la legge delle dodici tavole: « *arbitrium patris summum judicium esto* ».

2294. Siccome il dritto consacrato dal nostro articolo è una specie di effetto della patria potestà (2), la sua origine si perde nella notte dei tempi (3). Se ne trovano le tracce giuridiche nel dritto romano, nelle formole (4) e capitolari (5), e nelle consuetudini.

I testi del dritto romano, che ne hanno parlato, sono stati l' obietto di uno studio difficile, come si può vederlo dalle discussioni, alle quali Furgole si abbandona (6). Siccome la novella 107, che formava su questo punto l'ultimo stato della giurisprudenza regolava in pari tempo le forme del testamento *inter liberos* e della divisione *inter liberos*, è avvenuto essersi sovente confuso questo doppio genere di atti, e da ciò sono sorte lunghe controversie. Ma queste due cose sono differentissime l' una dall' altra, come Furgole lo prova (7). Ed in effetti nei testamenti *inter liberos* era richiesta l' istituzione solenne, ed il testatore doveva esprimere le parti, per le quali faceva eredi i suoi figli. Per lo contrario nelle divisioni *inter liberos*, che erano piuttosto dei semplici atti di dritto naturale (8) e delle disposizioni *ab intestato*, il padre di famiglia non era obbligato di osservare la formalità dell' istituzione ereditaria; e questa facoltà secondo la novella 107 si estendeva a tutti gli ascendenti senza distinzione di sesso.

Noi non ci arresteremo a mettere gli autori di accordo sulle formalità necessarie nei patti *inter liberos*. Si può consultare Fabro (9), Mantica (10), Voet (11), e Furgole (12). L'ordinanza del 1735 (13) le regolò d'una maniera diffinitiva. Essa volle o che l'atto di divisione fosse fatto in presenza di due notai o tabellioni, o di un solo notaro e di due testimoni, o che fosse intieramente scritto, datato, e sottoscritto di mano dell' autore della divisione.

2295. Nei paesi consuetudinari, la divisione tra i figli non era di dritto comune (14), nè era ammessa, che in certe consuetudini come quelle di Brettagna (15), Poitù (16), Borbonese (17), Nivernese (18), Borgogna (19), Amiens (20), Peronne (21) ecc. ecc., e vi si praticava con regole differenti e speciali, che variavano secondo il capriccio dello statuto. Qui il dritto era ristretto al padre ed alla madre; là si estendeva sino ai collaterali. Ma in tutti i casi si distingueva per dei punti rimarchevoli dalla divisione *inter liberos* praticata in dritto romano.

Ed in effetti secondo le regole del dritto romano, la divisione *inter liberos* poteva essere fatta di tutti i beni o di qualche bene solamente, come lo provano le leggi 20, § 3, e 21, *C. Familiae erciscundae*, e particolarmente la nov. 18, cap. 7, che contiene: « *Si quis voluerit suas* « *res aut dividere, aut omnes, aut etiam ali-* « *quas forte relinquere praecipuas.* » Dippiù poteva essere fatta solamente a favore di alcuni figli; perocchè, come già lo abbiamo detto, la preterizione non era un mezzo di nullità, ma era allora una specie di precapienza.

Pel contrario nei paesi consuetudinari la divisione doveva essere fatta tra tutti i figli e doveva comprendere tutti i beni esistenti nell'epoca, in cui era fatta. Pel dippiù sia nei paesi di dritto scritto (22) sia nei paesi consuetudina-

(1) Cap. 17. versic. 2.
(2) Brodeau *su Louet*, lett. *P*, somm. 24, n. 7.
(3) Deuteronom., cap. 21, versic. 15.
(4) « *Veteres incerti auctoris formulae secundum le-* « *gem romanam* ». (C. 21, 22).
(5) L. 7, c. 248.
(6) Testam., cap. 2, sez. 1, n.i 30 e seg. L. 16, C., *Familiae erciscundae*. L. 21, § 1, C., *De testam.* Ulpiano, l. 20, § 4, D., *Famil. erciscundae*. Novella 18, cap. 7. Novella 107. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 179, n. 145.
(7) *Testam.*, cap. 8, sez. 1, n.i 143 e seg.
(8) Ulpiano, l. 20, § 3, D., *Famil. erciscundae*.
(9) C., lib. 6, t. V, *defin.* 27.
(10) *De conject. ultim. vol.*, lib. 6, t. II, n. 2.
(11) *Ad Pand.*, *Qui testam. facere possunt*, n. 15.
(12) Cap. 2, sez. 1, n. 57.
(13) Art. 15, 16, 17, 38.
(14) Lebrun, *Success.*, l. 4, cap. 1, n.i 8 e seg.
(15) Art. 560.
(16) Art. 216.
(17) Art. 216.
(18) Tit. *Delle success.*, art. 17.
(19) Tit. *Delle success.*, art. 7, 8, 9.
(20) Art. 94.
(21) Art. 107.
(22) L. *ult.*, C., *De pactis*. Mantica, *De conject. ultim. vol.*, l. 6, t. II, n. 15: « *Sed etsi haec praesum-* « *ptio sit recipienda, ut pater voluerit filios esse aequa-* « *les, tamen nemini dubium est, quin pater possit filios* « *ex inaequalibus instituere, dummodo eorum legitimam* « *non diminuat.* » Hilligero su *Donean* dice lo stesso: « *Unde apparet valere, etsi inaequaliter liberi insti-* « *tuti. Nam si aequaliter omnino, nulla utilitas.* » *Aggiungi* Fachineo, *Controv.*, l. 4, cap. 2.

ri (1), il padre poteva creare tra i suoi figli delle ineguaglianze, purchè le legittime restassero intatte.

In fine la divisione *inter liberos* sia in paesi di dritto scritto, sia in paese di consuetudine, aveva un carattere ambulatorio, anche quando era stata qualificata di donaziona tra vivi ed era stata insinuata (2). Si eccettuava il caso, in cui era stata fatta per contratto di matrimonio (3), e quello nel quale il padre aveva fatta una tradizione reale ai suoi figli mercè una pensione annuale (4).

2296. Il Codice Napoleone giusta la sua abitudine ha portato la chiarezza e la precisione in questa materia.

E dapprima la divisione, di cui il nostro capitolo 7 traccia le regole, non concerne, che la distribuzione de' beni tra' figli e nipoti fatta dagli ascendenti. Gli articoli 1075 e seguenti non sono fatti pe' collaterali, i quali rimangono sotto l'impero del dritto comune per la libera disposizione del'a loro successione per donazione o testamento (5). La divisione, che uno zio facesse tra' suoi nipoti, varrebbe come liberalità ordinaria senzachè gli abbandonatari, verso de' quali il disponente non è tenuto a nulla, potessero dolersi del vizio di preterizione e di lesione, di cui i figli possono farsi un mezzo di doglianza. Ma i padri hanno minore libertà verso i loro figli. Quantunque la patria podestà si manifesta ordinariamente per mezzo dell'affezione e della giustizia, essa non è tutt'affatto esente da certi eccessi, ed il legislatore ha dovuto prendere delle misure di precauzione per proteggere il dritto de' figli contra la possibilità dell'arbitrario del padre. D'onde l'art. 1078 che vuole, che la divisione tra' figli non sia valida, che quando tutti i figli vi sono chiamati, perchè la natura chiamandoli tutti, non dipende dal padre di ometterne un solo. Da qui pure l'articolo 1079, che proclama ne' figli un dritto anteriore di comproprietà, e lo proclama talmente sacro, che un'azione di lesione è loro aperta. Sembra, che dalla divisione il figlio riceva meno una liberalità, che la sua propria cosa, e che il padre non possa, più di un perito o di un liquidatore, appartarsi nella formazione delle quote dall'eguaglianza, ch'è la legge ordinaria della successione.

2297. Nulladimeno s'è vero, che il padre non possa, come arbitro, rompere di una sensibile maniera l'uguaglianza tra' figli, può in virtù della sua paterna magistratura disporre della porzione disponibile per via di precapienza, e coordinare la sua divisione con una tale preferenza (6). Il potere di fare una divisione tra' figli non è stato creato e riconosciuto per togliere al padre l'esercizio del suo dritto sulla porzione disponibile, così utile e così salutare.

2298. Giusta il Codice Napoleone la divisione può farsi sia per donazione sia per testamento (7). Per testamento è soggetta alla volontà ambulatoria dell'uomo; per donazione è irrevocabile, e diviene la legge della famiglia anche prima della morte del disponente.

2299. Infine essa non imita, che in una certa misura la successione naturale, ed il codice non è su tal riguardo così stretto, come l'antica giurisprudenza consuetudinaria. Il padre può a rigore limitarsi a fare una divisione parziale (art. 1077). Nulladimeno non obliamo, che la divisione dev'essere fatta tra tutti i figli (art. 1078), come nella successione *ab intestato*, il che or ora abbiamo detto.

2300. In seguito di tali nozioni si dimanda qual'è il vero carattere delle divisioni *inter liberos*.

Non si potrebbe assimilarle del tutto alle donazioni ordinarie tra vivi ed alle anticipazioni di eredità (8). E per verità vi sono delle differenze gravissime nelle loro cause, ne' loro motivi, e ne' loro effetti. Se sotto certi rapporti le divisioni sono delle liberalità, esse sono sotto altri rapporti l'adempimento di obbligazioni legali e de' doveri naturali imposti agli ascendenti. Esse hanno luogo col concorso e con l'accettazione di tutta la famiglia. Sono soggette all'azione di rescissione per lesione; prevengono delle gravi difficoltà sull'epoca da seguirsi per l'estimo de' beni e su' loro risultamenti diffinitivi (9). Il figlio, che riceve la sua quota dalle mani del suo autore, riceve un bene, che gli è, per così dire, comune con quest'ultimo, e che in ogni caso doveva pervenirgli necessariamente per l'ordine della natura e della legge. Per lo che la divisione non ha tutti i caratteri della donazione, propriamente detta. Essa è anche meno un'anticipazione di eredità. La donazione in anticipazione di eredità è soggetta alla collazione, e questa collazione prepara la divisione. Ma questa quota ricevuta dal figlio è la stessa divisione, è acquistata diffinitivamente, e lungi dal dovere rientrare nella massa, è la frazione distaccata dalla massa per soddisfare ciascuno degli aventi dritto (a).

2301. Ma sebbene si distingue per delle ri-

(1) Brettagna, art. 560. Coquille *sul Nivernese*, titolo *Delle successioni*, art. 17.

(2) Brodeau *su Louet*, lettera *P*, *somm.* 24, n' 7 e 8. Nivernese, *loc. cit.*, 8. *Capitolari*, lib. 7, c. 248.

(3) Lebrun, *loc. cit.*, ni 12 e 14.

(4) Grenier, *Dissert. prelim.*, t.1, p.150 (ediz. Bayle-Mouillard).

(5) Zaccaria, t. V, p. 470.

(6) Art. 1079. Zachariae, t. V, p. 471.

(7) Art. 1076.

(8) *Sopra*, n. 954. Cassaz., 29 luglio 1836 (Devill., 36, 1, 590).

(9) Dijon, 11 maggio 1844 (Devill., 44, 2, 669 e 670).

(a) Vedi la mia nota sull' articolo seguente. *Il trad.*

marchevoli differenze dalla donazione propriamente detta, la divisione può, come la donazione, essere rivocata per inesecuzione delle condizioni, se l' abbandonatorio non adempie verso suo padre le obbligazioni, alle quali si è col contratto sottoposto (1).

2302. Se la divisione fatta tra vivi non è una donazione propriamente detta, la divisione fatta per testamento non è tampoco un vero legato. E le ragioni ne sono evidenti per quello, che abbiamo detto nel n.° 2300.

Di là le conseguenze seguenti.

E dapprima le disposizioni testamentarie non hanno effetto, che per l'accettazione, e crollano per la ripudiazione de' legatari, sempre padroni di accettare o di ripudiare. Il perchè il figlio gratificato dal testamento di suo padre ha il dritto di rinunziare alla donazione, per limitarsi alla sua riserva. Non è lo stesso nella divisione *inter liberos*. Un figlio, che ha ricevuto la quota, non ha la facoltà di dichiarare, malgrado i suoi fratelli, che preferisce alla quota composta da suo padre, quella, che gli perverrà dalla divisione *ab intestato*. La divisione è la legge comune, ed il figlio deve subirla, insino a che il padre non si è appartato dalle disposizioni del nostro capitolo. La quota, che ha ricevuto, è la stessa successione intestata divisa dal migliore di tutti gli arbitri.

2303. Questa conseguenza conduce ad un' altra, e bisogna dire, che la premorienza di uno de' figli non fa svanire la divisione, come non farebbe svanire un vero legato. Il figlio, la cui quota è stata fatta nella divisione, sarà rappresentato da' suoi discendenti in conformità del dritto comune. Il padre, per dire il vero, non ha fatto, che una divisione di successione, laonde le sole applicabili sono le regole della successione, e la rappresentazione in linea diretta deve produrre il suo effetto (2). Nulladimeno vorrei fare a questo una eccezione nel caso, in cui il figlio premorto avesse ricevuto nella divisione testamentaria un vantaggio per precapienza. Ed in effetti la precapienza è un vero legato; sebbene contenuto in una divisione, non è meno sottoposto al dritto comune.

2304. Il padre di famiglia non è per nulla astretto a sottoporsi indistintamente a tutte le regole, che reggono le divisioni ordinarie; dapoichè la legge gli torrebbe da un lato quello, che gli accorda dall' altro. Basta, che non si apparta dalle regole, che sono dell' essenza delle divisioni.

Tra queste regole domina quella, che vuole la giusta ed uguale distribuzione de' beni in ciascuna quota, giusta la loro qualità e valore (art. 816, 832, 833 del cod. Napoleone (a)). Il padre di famiglia deve rispettarla, e la divisione, che senza necessità dasse tutti gl' immobili ad uno, e tutto il denaro all' altro, dovrebbe o essere annullata (3) o per lo meno completata a' termini dell' art. 833 del codice Napoleone con una compensazione (4). Altrimenti il padre sotto pretesto di fare una divisione, avrebbe un mezzo di privare i suoi figli di un dritto annesso dalla legge alla loro riserva. Se pertanto uno o più da' suoi beni non si potessero comodamente dividere, il padre potrebbe comporre le quote de' figli, tenendo conto di questa circostanza, e non vi sarebbe ragione di dolersi, se per esempio una quota comprendesse l' immobile indivisibile, e l'altra de' corrispondenti valori mobiliari (5). Però notate, che il figlio, cui si dà quest'ultima quota, sarebbe ammesso a provare, che il fatto d' indivisibilità è stato semplicemente un pretesto messo in mezzo dal padre a fin di uscire dalle regole di una divisione equa e legale (6).

Del resto è sempre nel potere del padre, senza ridurre veruno dei suoi figli ad una posizione meno vantaggiosa di quella degli altri, di combinare e modificare questa stessa distribuzione per modo da soddisfare il meglio possibile ai loro interessi, convenienze, e situazioni rispettive, e così assicurare la pace della famiglia (7). I figli avrebbero torto ad insorgere contra di queste eque combinazioni sotto pretesto di qualche piccola inesattezza nella composizione delle quote. D' altronde si sa, che lo stesso articolo 832 (b) riconosce, che nella sua applicazione è suscettibile di essere modificato dai fatti (8).

Vi è dippiù; ed il padre, che deve talvolta essere investito di un arbitrario utile nell'interesse dei suoi per la prosperità del loro avvenire e la facilità del loro stabilimento, ha un legittimo mezzo d' imporre la sua volontà ai suoi figli,

(1) Limoges, 21 giugno 1836 (Devill., 36, 2, 592. Dalloz, 37, 2. 30).

(2) *Infra*, n. 2320, sull' art. 1078.

(a) Articoli 735, 751, 752 delle leggi civili. *Il trad.*

(3) Cassaz., 16 agosto 1826 (Dalloz, 26, 1, 454. *G. del Palazzo*, 1826, t. XX, p. 809. (Devill., 8, 1, 410). Cassaz., 12 agosto 1831 (Devill., 32, 1, 879) Cassaz., 18 dicembre 1848 (Devill., 49, 1, 237). Limoges, 5 aprile 1836 (Devill., 37, 2, 36). Lione, 20 gennaio 1837 (Devill., 38, 2, 63). Caen, 27 maggio 1843 (Devill., 43, 2. 575).

(4) Cassaz., rig., 12 agosto 1810 (Devill, 40, 1, 678).

(5) Caen, 15 giugno 1835 (Devill., 38, 2, 521. Dalloz, 39, 2, 11). Agen, 10 maggio 1838 (Devill., 3-, 2, 375).

(6) Lione, 20 gennaio 1837 (Devill., 38. 2, 63. Dalloz, 37, 2, 148).

(7) Cassaz., rig., 26 marzo 1843 (Devill., 47, 1, 120).

(b) Leggi civili art. 751. *Il trad.*

(8) Cassaz., rig., 12 agosto 1840 (Devill., 40, 1, 678).

Digitized by Google

come più sopra si è veduto (1) con un esempio, nel quale il padre non aveva voluto che la sua previdenza, benchè si appartasse dai precitati articoli del codice, venisse a rompersi contra delle prescrizioni legali, eccellenti senza dubbio in generale, ma troppo assolute in un caso particolare.

2305. Si domanda, se quando il figlio ha ricevuto la sua quota in contanti in vita del padre, non è dopo la di costui morte irrecettibile a contradire il suo fatto volontario di accettazione. La corte di Caen in simile caso ha deciso, essere l'irrecettibilità tale da essere presa in considerazione dai tribunali (2). E nondimeno bisogna essere sobri di tal irrecettibilità. Il figlio in generale obbedisce alla autorità paterna, e cede ad un timore riverenziale, del quale bisogna lodarlo, non punirlo. Si vedrà più tardi (3), che il figlio, che ha ricevuto da suo padre una quota, nella quale è leso, ha, malgrado di questa recezione, un'azione di lesione autorizzata dall'art. 1079 del codice Napoleone. Se egli è recettibile in tal caso, perchè sarebbe irrecettibile nel nostro? Da ultimo è costante in giurisprudenza (4), che il figlio, che soffre per la cattiva composizione della sua quota, non è recettibile in vita del disponente ad elevare delle doglianze, che attenterebbero al rispetto dovuto all'autorità paterna. Come dunque un mezzo d'irrecettibilità potrebbe mai sorgere da una situazione, che il figlio è obbligato di accettare e di sopportare in silenzio?

2306. Siccome le divisioni degli ascendenti hanno per iscopo principale di prevenire le difficoltà delle divisioni ordinarie e delle liquidazioni, s'inserisce talvolta negli atti una clausola contenente, che se il padre non ha raggiunta l'uguaglianza, che ha cercato di stabilire, il più o il meno di valore di ciascuna quota resterà a favore o disfavore di coloro, cui sono attribuite, facendo all'uopo donazione tra vivi e con precapienza della plusvalenza a quei figli, nelle cui quote si potrà trovare(5). Codesta clausola è prudentissima, è valida, e deve essere rispettata (6).

2307. La divisione *inter liberos* essendo una distribuzione officiosa della successione del disponente, hanno tra i condividenti gli stessi effetti delle divisioni ordinarie. Vi ha luogo la garantia delle quote (7) del pari che i privilegi stabiliti dall'art. 2103 n. 3 del codice Napoleone (a).

ARTICOLO 1076 — (1032)

Queste divisioni potranno essere fatte con atti tra vivi o testamentari con le formalità, condizioni e regole prescritte per le donazioni tra vivi e testamenti.

Le divisioni fatte con atti tra vivi non potranno avere per oggetto, che i beni presenti (b).

SOMMARIO

COMMENTARIO

2308. Benchè abbiamo detto più sopra, che le divisioni tra figli non essere nè vere donazioni, nè veri legati, toccano però molto da vicino questi generi di disposizioni, e soprattutto vi toccano per la forma. Il nostro articolo le assoggetta alle forme, condizioni, e regole delle donazioni tra vivi o dei testamenti. Rimarcate queste ultime parole « condizioni e regole », perchè sono degne di considerazione. Adunque ogni volta, che la natura delle cose non vi ripugnerà, bisognerà applicare alle divisioni *inter liberos* le regole delle donazioni, se il padre ha diviso i suoi beni tra i figli tra vivi (8), o le regole dei testamenti, se ha pre-

(1) N. 267.
(2) 27 maggio 1843 (Devill., 43, 2, 573). *Aggiungi* Zachariae, t. V, p. 475. Durantón, t. IX, n. 658.
(3) *Infra*, n. 2336.
(4) *Infra*, n. 2333.
(5) Specie di un arresto di Digione degli 11 magg. 1844. (Devill., 44, 2, 669).
(6) Cassaz., ric., 1° marzo 1831 (Devill., 31, 1, 100. Dalloz., 31, 1, 80). Lione 6 marzo 1829 (Devill., 19, 460. Dalloz., 29, 2, 173). *Supra*, n. 267.
(7) Zachariae, t. V, p. 484.

(a) Leggi civili art. 1972 n. 3. *Il trad.*
(b) Corrisponde a quest'articolo l'art. 1032 delle leggi civili. Il primo comma è del tutto simile a quello qui sopra trascritto; il secondo è conceputo como siegue: « Le divisioni fatte tra vivi non potranno risguardare, se non i beni presenti. Questi atti sono considerati come anticipate successioni ».
(8) Per esempio lo stato discrettivo, se si tratta di divisione di mobili (art. 948), e la trascrizione della donazione relativamente a' terzi (art. 939. Merlin, v° *Divisione di ascendenti*, n. 14, Zachariae, t. V, p. 473.

Digitized by Google

ferito la forma testamentaria. Dal che bisogna conchiudere, che le divisioni *inter liberos* cambiano di natura, secondochè sono fatte nella forma testamentaria o nella forma delle donazioni tra vivi.

2309. Se sono fatte per testamento, sieguono la natura e le condizioni di questo genere di atti; sono essenzialmente rivocabili, e non possono aver effetto, se non per la morte del disponente. Possono comprendere i beni presenti e futuri.

Se sono fatti per atti tra vivi, hanno un effetto presente, sono irrevocabili e legano il donante, che si spoglia irrevocabilmente della proprietà dei suoi beni per trasferirla nei suoi figli.

E siccome la donazione non può versare, che sui beni presenti, e che essa ha per condizione l'accettazione del donatario, ne siegue, che le divisioni *inter liberos*, fatte per donazione, non possono avere per oggetto, che i beni presenti, e che inoltre debbono essere accettate.

2310. Ecco un'altra conseguenza della applicazione delle regole e condizioni della donazione alle divisioni *inter liberos*.

Quando la divisione si effettuisce per mezzo di un abbandono attuale ed in virtù di una donazione tra vivi di tutti i beni presenti, i figli investiti di tutto l'attivo del disponente, sono per conseguenza tenuti dei suoi debiti, ciascuno per la sua parte e porzione (1). Il padre ha affrettato per la sua volontà una dimessione, che avrebbe avuto luogo solo per la sua morte. E tutte le circostanze indicano, che discaricandosi dei beni, ha voluto pure discaricarsi dei debiti (2), del pari che sarebbe avvenuto, se la morte avesse aperta la sua successione. Epperò i debiti seguiranno la sorte dei beni (3); si divideranno coi valori attivi, che i figli hanno ricevuto, e questi ultimi saranno tenuti direttamente e personalmente verso i terzi; il che non vieterà a costoro di conservare la loro azione contra del disponente, che pel suo proprio fatto, non ha potuto togliere loro il dritto risultante dal loro contratto.

2311. Ma questa devoluzione di debiti, risultante dalla natura dell'atto e dalla presunta intenzione delle parti, non avrebbe luogo, se la divisione fatta dal disponente non comprendesse tutti i suoi beni presenti. In simile caso non si potrebbe dire di aver egli voluto imitare la successione intestata, e si rientrerebbe sotto l'impero del principio, secondo il quale il donatario particolare non è tenuto direttamente e personalmente de' debiti.

2312. Che se il disponente dopo di essersi spogliato della totalità de' suoi beni presenti, contrae de' debiti, questi sono estranei a' suoi figli, ed i creditori dovrebbero imputare a sè stessi di avere seguita la fede di un debitore, che non offriva garentia. Egli è vero, che la sua morte ulteriore aprirà una nuova successione, ma i figli non potranno essere obbligati a' suoi debiti, posteriori all'abbandono, se non perchè sarà loro piaciuto di accettare questa successione. Nè per virtù della divisione, ma per virtù della loro adizione dell'eredità questi debiti ricaderanno su di loro.

2313. Dicevamo or ora, che la donazione *inter liberos*, fatta per donazione, non può comprendere, che i beni presenti; d'onde la quistione di sapere qual conto il padre di famiglia deve tenere delle donazioni in anticipazione di eredità, ch'egli ha fatto a qualcuno de' suoi figli prima di fare la divisione diffinitiva, con la quale intende di regolare prima della sua morte tutti gli affari della sua successione. Codeste donazioni per anticipazione di eredità sono forse tali da doversi considerare i beni, che ne formano l'obietto, come de' beni alienati? O per lo contrario deve contarli tra' beni presenti soggetti alla divisione?

Per rispondere a questa quistione è necessaria una distinzione tra le donazioni fatte con precapienza e le donazioni fatte senza clausola di precapienza.

Relativamente alle prime il padre nel fare la divisione de' suoi beni deve considerare come diffinitivamente acquistati i vantaggi per precapienza, de' quali ha anteriormente impossessato uno de' suoi figli. Egli non può per la sua propria volontà ritirare quello, che ha donato irrevocabilmente e prima di ogni divisione. Come la precapienza è fuori della divisione della successione aperta per la morte, così è fuori della mano del padre, che fa una divisione anticipata (4).

Sarebbe solo diversamente, se il figlio vantaggiato consentisse all'uguaglianza, accettando scientemente e con cognizione di causa la nuova posizione, che gli fa suo padre, perciocchè la sua condizione sarebbe regolata dal suo proprio fatto.

In quanto alle donazioni in anticipazione di eredità, che non hanno il carattere di preca-

(1) Argomento degli articoli 1010, 1012, 1084, e 1085, del Cod. Nap. (a).

(2) V. intorno a ciò quello, che abbiamo detto *sopra* n. 1214. Il che aveva luogo nella dimessione de' beni, *sopra*, n. 35.

(3) Cassaz., ric. 19 febb. 1824, rigetto del ricorso prodotto contra un arresto della corte di Parigi, de'24 agosto 1822. (Devill., 7, 1. 400. *Giorn. del Palazzo* 1824, t. XVIII, p. 466). Arg. 14 giu. 1837 (Devill., 39, 2, 490). *Contra*, Douai, 12 febb. 1840 (Devill., 40, 2. 393, 394, *Gio. del Palazzo*, 1841, t. XXXVII, p. 740). Quest'ultimo arresto non è sostenibile.

(4) Cassaz., ricor. 12 aprile 1831, (Devill., 32, 1, 839. *Gior. del Palazzo*, 1831, t. XXIII, p. 1445) Vazeille, t. III, sull' art. 1079, n. 4,

(a) Leggi civili art. 964, 966, 1040, 1041. *Il trad.*

pienza, il padre, che vuol fare una divisione completa, deve imporoe la collazione alla massa, e fare la divisione, compresevi queste donazioni in conformità di quanto gli è dettato dall' ioleresse de' suoi (1).

2314. Obbligato di rispettare le precapienze, per le quali si è anticipatameote legato, il padre deve per la stessa ragione rispettare le promesse di uguaglianza, che ha fatto a qualcuno de' suoi figli, sia oel loro coolratto di matrimooio, sia in ogoi altra maniera (2). Egli noo può distruggere con uoa divisiooe ulteriore delle promesse, che haono servile di base allo stabilimeoto di un figlio.

ARTICOLO 1077 — (1033).

Se tutt' i beni, che l'ascendente rimarrà nel giorno della sua morte, non sono stati compresi nella divisiooe, que' beni, che noo vi saraono stati compresi, saraono divisi io cooformità della legge (a).

SOMMARIO

2315. La divisione può comprendere solamente una parte de' beni dell' ascendente.
2316. I beni rimasti al di fuori, o novellamente acquistati, sono divisi in conformità della legge, senza che siavi luogo alla collazione de' beni compresi nella divisione dell' ascendente.

COMMENTARIO

2315. Il codice noo ha adottàta la disposizioae delle consuetudini, che volevano, dovesse compreodere la divisione tutti i beoi, che il dispooente aveva oel momento di questo atto di magistratura domestica. Giusta il oostro articolo, conforme al dritto romano, la divisiooe può comprendere una sola parte di questi beoi. Nulladimeoo in geoerale e nella pratica abituale la divisiooe *inter liberos* si fa della totalità dei beni, ed essa non consegue il principale suo scopo (che è di prevenire le difficoltà delle divisioni), se noo quaodo coo on' operazione completa divide tutto il patrimooio del padre di famiglia.

Noopertanto è possibile, che il padre abbia acquistato dei beni dopo la divisione tra vivi; questo nuovo acquisto noo potrebbe nnocere a quello, che è stato fatto. Può anche avvenire, che il padre abbia obliato nella sua distribuzione qualche proprietà, o anche che si sia riserbata la proprietà ed il godimento di un immobile, per il quale aveva dell' affezione. In questi differeoti casi ed in altri analoghi, il oodice Napoleooe non ha voluto, che la divisione del padre venisse spogliata dei suoi effetti; esso coolinua ad esistere, e solameote le cose noo comprese oella divisiooe saranno divise io conformità della legge.

2316. Da ciò risulta, che questa seconda successione restaodo straoiera alla prima, e componendosi uoicamente di beni oon divisi, oon vi sarà loogo a fare la collazione di quanto è stato compreso nella prima divisione. Questa divisiooe non è una semplice anticipazione di successione, ma è no atto di famiglia, che ha uo carattere diffioitivo, ed i figli posseggooo i beoi divisi presso a poco come se li avessero acquistati a titolo oneroso (3).

ARTICOLO 1078 — (1034).

Se la divisione non è fatta tra' figli, ch' esisteranno in tempo della morte, ed i disceodenti di qoelli premorti, la divisione sarà oulla per lo intiero. Se ne potrà provocare uoa nuova nella orma legale sia da' figli e discendenti, cho non avranno ricevuto veruna quota, sia anche da coloro, tra' quali la divisione sarà stata fatta (b).

SOMMARIO

2317. La divisione è valida soltanto, se è stata fatta tra tutti i figli. — Il figlio omesso ha azione solamente dopo la morte del disponente.
2318. *Quid* se uno de' figli, che ha ricevuto la sua quota, premuore a suo padre. — Del caso di una divisione fatta per atto tra vivi.

(1) Cassaz., (ricorsi) 9 luglio 1840 (Devill., 40, 1, 805). Genty, *Delle divisioni di ascendenti* n. 14, p. 134.
(2) Limoges, 29 febb. 1832. (Devill., 32, 2, 283. *G. di Palazzo*, 1832, t. XXIV, p. 801). Riom, 26 novembre 1828 (Devill., 9, 2, 160. *Gior. di Palazzo*, 1828, t. XXII, p. 396).

(a) Corrisponde ed è uniforme a quest' articolo l' articolo 1033 delle Leggi civili. *Il trad.*
(3) V. *sopra*, n. 964, ove ho trattato questo punto.
(b) A quest' articolo corrisponde l' artic. 1034 delle Leggi civili. *Il trad.*

Digitized by Google

COMENTARIO

2317. Il codice non permette, che uno dei figli sia preferito nell' atto di divisione, come ciò poteva avvenire nel dritto romano. Tutt' i figli sono parti necessarie nella distribuzione, che il padre fa de' suoi beni, nè egli può diseredarli con una divisione, come nol può con un testamento; egli non può passarli sotto silenzio senz' andare contro l' essenza stessa della divisione, la quale richiede di non potersi fare le quote, se non avuto riguardo a tutte le persone, che hanno diritto di pretendervi. Adunque l' omessione di uno de' figli vizia nella sua base la divisione. Solamente bisogna rimarcare, che il figlio omesso non avrà azione, che in morte del disponente, imperciocchè in pendenza della sua vita il defunto ha potuto fare de' suoi beni l' uso, che gli conveniva, nè di ciò doveva veruno conto a' suoi figli. Egli ha potuto donar tutto agli uni, nulla all' altro, e solamente in tempo della sua morte può ristabilirsi l' equilibrio per l' apertura del dritto personale de' figli. Prima codesto dritto è sospeso; si può anche dire di non essere noto (1).

2318. All' oblio di uno de' figli pel fatto del padre non si potrebbe assimilare il vuoto occasionato dalla premorienza di uno o più de' figli divisi. Nulladimeno questo caso merita dell' esame, e quantunque l' abbiamo di già toccato (2), vi dobbiamo ritornare, perchè si lega alla sana interpretazione del testo del nostro articolo.

La premorienza può presentarsi sia nel caso di divisione tra vivi, sia nel caso di divisione testamentaria.

Nelle divisioni tra vivi, che consumano l'atto in vita del padre, la premorienza di un figlio, che ha avuto la sua quota, non ha veruna influenza sull'esistenza della divisione(3); il figlio era impossessato; egli godeva della sua quota; che importa che egli muoia prima di suo padre? egli trasmette ai suoi successori legittimi o testamentari i beni, che compongono la sua quota, della quale era diffinitivamente investito.

2319. Vi è maggiore difficoltà o per meglio dire vi sono più controversie, quando la divisione ha luogo per atto testamentario.

Per chiarire questo punto bisogna fare una distinzione; o il figlio premorto non ha lasciato posterità, o egli muore, lasciando dei discendenti, a sè superstiti.

Nel primo caso non esitiamo a credere, che il portaggio dev' essere rifatto. Supponiamo, che il padre abbia avuto quattro figli, quando ha fatta la sua divisione, e che uno di loro si trovi morto nel momento della apertura della successione del disponente. Non è egli evidente, che l' opera del padre si applica ad una posizione di famiglia, che non è più la vera, e che bisogna tutto ricominciare? Non già, che sia necessario per giungere a questa conclusione di ricorrere alle regole del codice Napoleone sulla caducità delle disposizioni testamentarie, ma per questa ragione predominante, cioè, che gli elementi, sui quali il disponente ha operato, non sono quelli, che esistono nel momento della sua morte; che i termini del suo atto non hanno applicazione al presente, e che quindi è indispensabile di sostituire una nuova divisione a quella, che egli ha fatto in veduta di un altro ordine di persone e di cose. Ed in vero in una divisione le quote sono subordinate alle porti prendenti. E se in vece di quattro condividenti, che esistevano, quando il padre ha fatta la divisione dei suoi beni, non se ne trovano più di tre alla sua morte, è chiaro, non rispondere più le quote al numero delle persone, che hanno dritto alla divisione, e che è come, se il padre non avesse fatto nulla.

Si dirà forse, che potrà bastare di dividere tra i sopravviventi la quota del figlio morto? Ma questa divisione di una quota, questa soddivisione di una divisione già fatta può avere degl'inconvenienti; può produrre delle piccole porzioni inutili. Non vale meglio nell'interesse di tutti rifare a nuovo la divisione, tantopiù che si è cessato di essere sotto l' impero dei fatti, che il padre di famiglia aveva inteso di regolare, e che si è condotto a dei risultamenti fuori delle sue previsioni?

2320. Supponiamo ora, che il figlio premorto lasci dei discendenti. Qui la soluzione non sarà la stessa, giacchè i discendenti prendendo per dritto di rappresentazione il posto del loro padre premorto, le cose non usciranno dagli

(1) *Infra*, n. 2323.
(2) *Sopra*, n. 2303.
(3) Monpeglieri 7 febb. 1850 (Devill., 50, 2, 561. *G. del Palazzo*, 1851, t. LVI, p. 434).

ordinamenti preveduti e combinati dal padre di famiglia.

A questa soluzione si oppongono due obiezioni (1).

La prima, che le disposizioni testamentarie sono caduche per la premorienza del legatario (2). Ma si risponde, e noi abbiamo di già risposto (3), trattarsi qui meno d'una liberalità, che del regolamento officioso d'una successione. Il padre prima di morire non ha fatto altro di quello, che degli arbitri e degli esperti avrebbero fatto dopo della sua morte. Egli non ha donato nulla, a parlare propriamente; egli ha solamente diviso tra' suoi quello, che la natura e la legge loro attribuiscono dopo di lui; e poichè la rappresentazione ha luogo nel caso di successione intestata, deve qui venire applicata; imperocchè il padre non ha voluto, che fare anticipatamente ciò, che più tardi sarebbe avvenuto, se la successione si fosse aperta *ab intestato*. In questo caso vi è maggiore analogia tra la divisione e la successione *ab intestato*, che tra la divisione ed il legato.

2321. La seconda obiezione è tratta dal testo del nostro articolo. Attaccandosi alle parole, si dice: la divisione dev'essere fatta tra tutt'i figli esistenti nel momento della morte, o i loro discendenti, d'onde siegue, che se uno de'figli è premorto, dev'essere rimpiazzato nella divisione da'suoi discendenti. Ora nel caso particolare i discendenti sono stati preteriti; eglino non hanno ricevuto personalmente la propria quota; eglino non sono neppure nominati, tutto si è fatto senza di loro; eglino hanno dunque il dritto di dimandare una nuova divisione (4).

Tale ragionamento ci sembra strappare per forza dall'art. 1078 quello, ch'esso non ho affatto la intenzione di dire. Esso vuole rimediare ad una omissione, ad una preterizione fatta dal padre; ecco il suo unico scopo. Come si potrebbe ritorcerlo contra una divisione, nella quale il disponente, guidato da uno eguale affezione, ha pensato a tutt'i suoi figli, ed ha adempiuto relativamente a loro tutt'i suoi doveri di padre? È egli ben serio di dire, che i discendenti del figlio premorto sono preteriti? Che! sarebbero eglino preteriti in una divisione, nella quale suo padre, che rappresentano, ha una giusta legittima!!! Sarebbero preteriti quando ritirano la intiera quota attribuita al padre loro!!!

Epperò non comprendo l'insistenza de'nipoti per avere una nuova divisione. Eglino disprezzano senza utilità la magistratura del loro avo, ed espongono la successione a delle frustranee spese.

E via, se eglino, attaccando la divisione, facessero cadere i vantaggi di precapienza, che l'autore comune ha potuto fare a' sopravviventi! Ma è stato giudicato dagli arresti, che hanno consacrato la nullità della divisione (5), non importare siffatta nullità l'annullamento de'vantaggi legalmente fatti e contenuti nell'atto testamentario di divisione. Non è dunque un ricercare una nuova divisione pel vano piacere di depauperare l'eredità con delle inutili spese?

2322. Vi è un altro caso, che non poteva sfuggire alla previdenza del nostro articolo, ed è quello, in cui la divisione è seguita dalla sopravvenienza dei figli. Risulta dalla disposizione dell'art. 1778, che lo loro preterizione, quantunque involontario, dà luogo ad una nuova divisione.

In effetti supponiamo, che il padre abbia fatta una distribuzione testamentaria de' suoi beni, e che la suo vedova si sgravi di un postumo. Siccome il figlio conceputo è riputato nato per tutto quello, che concerne il suo interesse, ne siegue, ch'essendo conceputo nel momento della morte del padre, il figlio sarà sulla medesima linea di un figlio nato, che fosse stato preterito. Epperò bisognerà ricorrere a una nuova divisione.

Sarà lo stesso, se la divisione è fatta per via di donazione.

Il figlio nato dopo l'impossessamento de'suoi fratelli, non potrà essere vittima della tardanza della sua nascita. Deve avere la sua quota, e questa per mezzo di una nuova divisione gli sarà assicurata.

2323. Rileviamo qui una differenza tra il caso regolato dal nostro articolo ed il caso regolato dall'art. 960 del codice Napoleone (b).

Secondo l'art. 960 la sopravvenienza de' figli fa svanire di pieno dritto la donazione, la quale riceve un effetto immediato da questa sopravvenienza. L'estraneo donatario è sull'istante spogliato a profitto del figlio, che con la sua nascita viene a cambiare le primitive condizioni del contratto. È diversamente nel sistema dell'art. 1078, nel quale de' figli sono in presenza di figli, la divisione continua a sussistere; non rimane neppure colpita nell'istante stesso della sopravvenienza, ed unicamente alla morte del padre, come più sopra dicevamo (6), resta colpita di nullità, se non è fatta tra tutti i figli esistenti in questo momento, di tal che la sua sorte rimane sospesa sino alla morte. Da

(1) Agen, 23 dicembre 1847 (Devill., 48, 2, 1. *G. del Palazzo*, 1848. t. I. p. 290). Bordeaux, 2 marzo 1832 (Devill., 32, 2, 283. *G. del Palazzo*, t. XXIV, p. 814).

(2) Art. 1043 del Codice Napoleone (a).

(a) Leggi civili art. 998. *Il trad.*

(3) *Sopra*, n. 2300.

(4) Agen, *loc. cit.*

(5) *Sopra*, n. 2320. *Infra*, n. 2328.

(b) Articolo 885 delle Leggi civili. *Il trad.*

(6) *Sopra*, n. 2317.

ciò risulta, che se in questo momento il figlio, nato dopo della divisione, non vive più, la divisione esiste, e produce i suoi effetti, come se il figlio non fosse sopravvenuto. Epperò è questa una nullità relativa e non assoluta, una nullità eventuale e non attuale (1).

2324. Si dimanda, se l'omessione di un figlio naturale è causa di nullità della divisione. Penso col sig. Duranton (2), che il figlio naturale deve rispettare la divisione, salvo a reclamare la quota, che gli spetta. Vi sarebbero tropp'inconvenienti ne'costumi in un miscuglio della filiazione legittima e della filiazione illegittima; oltre di che i figli naturali non sono eredi (3).

2325. L'azione di nullità per omessione si prescrive con trent'anni da decorrere dalla morte del disponente, imperciocchè è un'azione di divisione diretta contra de' successibili, da'quali si vuole ottenere la propria quota ereditaria (4).

ARTICOLO 1079 — (1035)

La divisione fatta dall'ascendente potrà essere impugnata per causa di lesione più di un quarto; potrà esserlo ancora nel caso, in cui dalla divisione e dalle disposizioni fatte con precapienza risultasse, che uno de'condividenti ha ricevuto un vantaggio maggiore di quello, che la legge permette (b).

SOMMARIO

COMENTARIO

2326. La legge vuole, che le divisioni, che essa autorizza siano fatte in uno spirito di uguaglianza. Desidera, che esse imitino per quanto è possibile la successione *ab intestato*, ove essa ha fatto prevalere il principio di eguaglianza tra i figli, che è nella natura. « *Pater*, diceva un antico brocardo, *Pater non debet sua inaequalitate, ex pluribus filiis, unum facere legitimum et alium bastardum*. Perciocchè, dice Mantica (5), *lex plurimum amat aequalitatem inter filios et naturali aequitati repugnat illa dispositio, per quam disparitas inter liberos inducitur*. »

Nulladimeno il padre può avere delle gravi ragioni per fare piegare questa uguaglianza naturale. Se l'affezione la raccomanda al cuore paterno, la giustizia gl' impone talvolta il dovere severo di appartarsene, ed il dritto di ricompensare e di punire è pure uno degli attributi della magistratura domestica. Per lo che il codice permette al padre di combinare la sua divisione con la costituzione di vantaggi per anteparte, contenuti nei limiti della porzione disponibile.

2327. Da tutto questo emergono due conseguenze: la prima, che se il padre eccede i con-

(1) Douai, 30 dicembre 1843 (Devill., 44, 2, 389).
(2) T. IX, n. 635.
(3) Art. 756 del Cod. Nap. (a). *Contra*, gli Editori di Zachariae nota 5, p. 479.
(4) Zachariae, t. V, p. 480, nota 9, Duranton, t. IX, n. 643.

(a) Articolo 674 delle leggi civili modificato, essendo stata tolta la dichiarazione, che il figlio naturale non è erede. *Il trad.*

(b) Uniforme a quest' articolo è l' art. 1035 delle leggi civili. *Il trad.*

(5) *De conject. ult. vol.*, l. 6, t. II, n. 5.

fini assegnati alla parte disponibile, la sua divisione può essere impugnata per causa di lesione.

La seconda, che quando la divisione costituita sotto la base apparente dell' uguaglianza, racchiude nondimeno degli errori, d' onde risulta una lesione enorme, vale a dire dippiù del quarto, il figlio leso ha un'azione di rescissione conformemente a quanto è stabilito dallo art. 887 del codice Napoleone (a) per le divisioni delle successioni *ab intestato*.

Di queste due azioni l' una impedisce gli eccessi nell' ineguaglianza, permessa dalla legge e voluta dal padre; l' altra riconduce all'eguaglianza pratica in un sistema di uguaglianza, dal quale il padre non ha voluto allontanarsi. Questa corregge gli errori dell' arbitramento paterno; quella raddolcisce i troppo grandi rigori del magistrato domestico.

Però se il padre avesse disposto per modo le cose da dare ad un medesimo figlio la porzione disponibile, più una quota di figlio superiore, sebbene non eccedente il quarto, non bisognerebbe esitare a vedere in questa combinazione un mezzo di sorpassare la porzione disponibile, e la divisione sarebbe viziata per una lesione *re ipsa*. Invano il figlio direbbe non essere la deglianza giusta, poichè da una parte il padre non ha fatto, che donare la porzione disponibile. il che poteva fare legalmente, e dall' altra fa una quota, che sebbene ineguale per un certo eccesso, non produce però per sè stessa agli altri figli una lesione maggiore di un quarto. Bisogna rispondere, che se dal cumulo del dono per precapienza e dell'eccedente della quota di figlio risulta un eccesso della porzione disponibile, la divisione può essere attaccata, altrimenti un padre potrebbe favarire uno dei suoi figli in un doppio modo; 1. dando la quota disponibile; 2 facendo una divisione ineguale con la precauzione di non eccedere il quarto (1).

2328. Quando l' azione di lesione è fondata su di un eccesso della quota disponibile, non è necessario, che i figli, che la intentano, articolino e pravino di essere stati lesi di più di un quarto. Basta, che in una qualunque misura uno dei figli condivisi abbia ricevuto un vantaggio maggiore di quello, che la legge permette. La necessità di provare una lesione eccedente il quarto esiste solamente, quando il padre non ha fatto delle donazioni per precapienza, e che nondimeno nel fatto ha formato delle quote ineguali, mentre ricercava l' uguaglianza tra i suoi figli. Indubitatamente la legge non ha voluto una ineguaglianza minuta; essa non tiene conto degli errori leggieri, che possono avvenirne in tutte le divisioni; essa esige un danno molto considerevole per fare supporre, che il padre ha voluto frustrare uno o più dei suoi figli; ed ella non vede questa frode e per conseguenza una vera lesione, che quando questa lesione è dippiù di un quarto. Bisognava un limite ragionevole e fisso, affinchè le divisioni *inter liberos* fossero garantite. come le altre specie di divisioni, dalle ricerche difficoltose ed inquietanti per la fermezza delle proprietà.

2329. Notate a tale proposito, che la lesione di più di un quarto non potrebbe risultare dal solo motivo di avere fatto il padre una donazione per precapienza ad un altro figlio. La privazione della quota disponibile non entra negli elementi del danno sofferto dal figlio leso, imperciocchè nel dare alla porzione disponibile la destinazione, che gli è piaciuto, il padre non ha fatto altro, che usare del suo dritto.

2330. La donazione per anteparte può essere contenuta nell' atto di divisione, ed allora l' atto di divisione è misto di una vera e caratterizzata liberalità.

Che se l' atto di divisione viene ad essere dichiarato nullo, la donazione per anteparte sarà ugualmente nulla? E dapprima è certo, che non lo sarà, se la divisione è dichiarata nulla per effetto della preterizione di uno dei figli(2). La nullità della divisione, che in qualche sorte è un atto *ab intestato*, non può nuocere alla donazione tra vivi o testamentaria Queste sono due cose differenti contenute per verità in un medesimo atto, ma la nullità dell' una non pregiudica l' altra (3).

Diremo lo stesso, quando la divisione è annullata per eccesso della porzione disponibile. L' eccesso è una causa di riduzione della donazione, ma non ne importa la nullità. La sola divisione è viziosa, e bisogna farne una seconda, prendendo per base le cifre, alle quali si perviene con la riduzione.

Ma se i vantaggi risultassero non da un attribuzione espressa per anteparte, ma da una composizione inesatta ed esagerata di una quota, è evidente, che questo vantaggio dissimulato, non avendo per lui nè un titolo distinto, nè una disposizione positiva, seguirebbe la sorte della divisione, d'onde risalta implicitamente (4).

2331. La prescrizione dell' azione di rescissione per lesione di più di un quarto è stata un gran subietto di discussioni nella giurisprudenza. Però la difficoltà non si è presentata nel caso di divisione testamentaria. Si conviene molto generalmente, che l'azione dura tren-

(a) Art. 807 delle leggi civili. *Il trad.*
(1) Jaubert, rapporto al Tribunato (Fenet, t. XII, p. 617. Locré, t. XI, p. 481)
(2) Toullier. t. V, n. 812. Zachariae, t. V, p. 472. Grenier, n. 400.
(3) Agen, 23 dicembre 1847 (Devill., 48, 2, 1. *G. del Palazzo*, 1848, t. I., p. 290). Bordeaux, 2 marzo 1832 (Devill., 32, 2, 283. *G. del Palazzo*, t. XXIV, p. 814). *Sopra*, n. 2321.
(4) Zachariae, *loc. cit.*

Digitized by Google

t'anni a contare dal giorno della morte del testatore (1). Pertanto se l'attora si fosse messo in possesso della sua quota con cognizione di causa e senza protesta nè riserva, questa esecuzione del testamento eleverebbe contra di lui un mezzo d'irrecettibilità (2), perchè non si può contradire quello, che si è accettato (3).

Ma quando la donazione è stata fatta per donazione tra vivi, vi è stato gran disparere sulla quistione se l'azione di rescissione, limitata a dieci anni dall'art. 1304 dal codice Napoleone (a), comincia a decorrere dal giorno, in cui gli abbandonatari sono stati messi in possesso delle loro quote o piuttosto dal giorno della morte del disponente.

Iu quanto a me ho un'opinione ben determinata a tale riguardo, e non ho potuto mai dividere il sentimento del mio eccellente collega ed amico sig. Lasagni, i di cui dotti rapporti avevano fatto prevalere nella camera dei ricorsi il primo avviso sul secondo. Egli è impossibile di ammettere, che i figli saranno tenuti di turbare la vecchiezza del loro padre per fare rettificare l'ineguaglianza della loro quota, la legge non esige delle lotte immorali nella famiglia; non vuole che l'autorità paterna sia presa corpo a corpo, ed accusata d'ingiustizia. D'altronde risulta dal ravvicinamento dell' articolo 1078 con l'articolo 1079, che ogni lite deve farsi solamente nella morte del disponente. Ed in effetti se il figlio, intieramente preterito nella divisione fatta da suo padre, è obbligato di serbare il silenzio pendente la vita di quest'ultimo (come risulta dall'art. 1078), come si potrebbe ammettere, che il figlio, a favore del quale si è spogliato, dovrà necessariamente agire per rimproverargli di non essere stato verso di lui abbastanza liberale? Del resto la giurisprudenza è presentemente fissata; la camera de' ricorsi (4) ha dovuto rinunziare al sistema ch'è sempre naufragato nella camera civile (5), e che le corti imperiali non avevano ammesso che con pena (6). In generale si giudica, che non solamente l'azione non decorra, se non dal giorno della morte del padre, ma che inoltre non è recettibile in vita sua (7).

2332. Quello, che abbiamo detto dell'azione di rescissione propriamente detta per lesione di più di un quarto, s'applica con più forte ragione all'altra azione, stabilita dal nostro articolo, e risultante da un eccesso della porzione disponibile. Da una parte questa second'azione è in qualche sorte un'azione di lesione giusta il nostro stesso articolo. Senza dubbio essa è per un certo lato un'azione di riduzione, ma partecipa pure del carattere dell'azione di lesione, poichè i condividenti sono lesi ne' loro dritti alla riserva per l'arbitraria disposizione della divisione, che ha ridotto la loro porzione legittima. Dall'altra parte, ove si anderebbe, se l'azione di riduzione decorresse dopo del giorno dell'immessione in possesso? Vi sarebbero dunque due successioni e due riserve; una successione ed una riserva fissata nel momento del contratto; un'altra successione ed un'altra riserva determinata nella morte del disponente.

2333. Diciamo, che l'azione di riduzione prende il colore dell'azione di lesione, quando è diretta contra la divisione, che consacra delle ineguaglianze tali da diminuire le riserve. Questa verità è stata contestata (8), e si è preteso, che i vantaggi eccessivi non possono dar luogo, che all'azione autorizzata dall'art. 920 e seguenti del codice Napoleone, la quale tende unicamente ad una semplice riduzione, e per nulla ad un'azione, che si attacchi alla stessa divisione. Ma basta leggere il nostro articolo per convincersi, che non è tale il pensiero della legge. Il nostro articolo non dice, che sarà ridotto il solo vantaggio, ma dice per lo contrario, che sarà attaccata la divisione. La divisione, operazione complessa, nella quale vi è un insieme di elementi, che si sostengono a vicenda, si combinano, e si pesano, non è come un atto isolato di donazione. Se toccate ad uno di questi elementi, tutti gli altri risentono il contro colpo, e l'equilibrio regolato dal disponente è rotto. Adunque la divisione è attaccata dalla riduzione del vantaggio eccessivo; è attaccata come per una lesione particolare di questo genere d'atti, e quindi è nulla (9), salvo quello, che diremo *infra* al n. 2337 sul

(1) Zachariae, t. V, p. 489 e nota 18. *Contra*, Duranton, t. IX, n. 646.

(2) *Sopra*, n. 1747.

(3) Zachariae, t. V, p. 490. Caen, 27 maggio 1843. (Devill., 43, 2, 575).

(a) Leggi civili. art. 1258. *Il trad.*

(4) V. un arresto a rapporto del sig. Lasagni del 12 luglio 1836 (Devill., 3, 1, 534), che rigetta il ricorso formato contra un arresto della corte di Limoges, che aveva dichiarato, che l'azione di rescissione per lesione di più di un quarto decorre dal giorno della divisione.

(5) Cassaz., 16 luglio 1849, che cassa un arresto di Tolosa, che aveva fatto decorrere il termine dal giorno del contratto (Devill., 49, 1, 622). V. ne' n.i seguenti degli arresti analoghi, e che completano la giurisprudenza. *Aggiungi* Bordeaux 4 genn. 1827 (Devill., 8, 2, 306. *G. di Palazzo*, t. XXI, p. 14). Caen, 15 giu. 1835 (Devill., 38, 2, 521. *G. del Palazzo*, t. XXVII, p. 311). Nimes, 17 marzo 1841 (Devill., 41, 2, 335. *G. di Palazzo*, 1841, t. XXXVII, p. 52).

(6) Tolosa, 13 maggio 1838 (Devill., 39, 2, 30). Grenoble, 30 di luglio 1839 (Devill., 40, 2, 204). Grenoble, 6 maggio 1842 (Devill., 42, 2, 431). Nimes, 12 luglio 1842 (Devill., 42, 2, 465. *G. di Palazzo*, 1842, t. XXXIX. p. 562). Douai, 12 luglio 1845 (Devill., 46, 2, 243).

(7) Devill., 52, 1, 750.

(8) Le annotazioni del sig. Zachariae, t. V, p. 491, n. 27.

(9) Genty, n. 50. Duranton, t. IX, n. 650. Delvincourt, t. II, p. 161, 162.

dritto del convenuto di fare cessare l'azione per mezzo di offerte di pagamento.

Così per concludere diciamo, che l'azione, della quale ci occupiamo, decorre dalla morte del donante (1), e che inoltre è limitata a dieci anni (2), perchè essa è così un'azione di lesione o di nullità della divisione, che un'azione di riduzione.

2334. Alle azioni di lesione, di cui particolarmente si occupa il nostro articolo, bisogna assimilare l'azione di nullità, risultante dalla composizione viziata delle quote; azione ch'è passata sotto silenzio dal nostro articolo, ma che per ragione di analogia è regolata dalle idee, che abbiamo esposte.

Supponiamo dunque, che il padre di famiglia abbia fatta una donazione tra vivi, e che abbia donato tutti gl'immobili all'uno de' suoi due figli, e tutti i mobili all'altro. Da una parte quest'azione di nullità non sarà soggetta, che alla prescrizione di dieci anni (art. 1304); dall'altra questi dieci anni decorreranno soltanto dalla morte del donante. Anche più; il figlio, che in vita del padre disponente si permettesse di rattristare i suoi vecchi giorni con un'azione ingiuriosa per le combinazioni della sua prudenza, dovrebb'essere dichiarato irrecettibile in quest'azione prematura.

Quest'ultimo punto, che tocca a quello, che vi è di più radicale nella quistione, è stato consacrato da un arresto della corte di Parigi degli 8 di aprile 1850, renduto sotto la mia presidenza in udienza solenne.

Eccone il testo:

« La corte sul mezzo d'irrecettibilità ricavato da che l'azione de'coniugi Gladieux non sarebbe aperta; considerando, che l'azione accordata a' figli dall'art. 1079 del codice Napoleone, per attaccare la divisione, che loro è stata fatta sotto forma di donazione tra vivi dal loro ascendente, è subordinata in quanto al suo esercizio alla morte di costui; che da una parte la divisione di ascendente, benchè irrevocabile relativamente al donante, può nondimeno alla sua morte essere soggetta ad un nuovo regolamento secondo cert'eventualità; che da un altro lato i figli investiti di una quota, che loro è fatta dal loro autore, *nullo jure cogente*, sarebbero messi in una situazione falsa e quasi prossima all'ingratitudine, se si trovassero obbligati di criticarne l'ammontare contra lo stesso benefattore, ed egli sciente e vegente; che da queste ragioni risulta di essere stato evidentemente nel pensiero del legislatore di lasciare dormire le azioni giudiziarie contra l'atto della volontà dell'ascendente durante tutto il tempo della sua vita; che questo pensiero è morale; che preserva l'autorità paterna da gravi attentati; ch'esso solo concilia il rispetto de' figli pel padre di famiglia con la cura de'loro dritti; che del resto risulta implicitamente dalla combinazione degli articoli 1078 e 1079 del codice Napoleone; — Annulla l'appello e quello, di cui appello (3) ».

Gl'interessati essendosi provveduti in cassazione, il loro ricorso è stato rigettato con arresto nella Camera civile de' 14 di luglio 1852 (4).

2335. Se la divisione è stata fatta con atto testamentario, l'azione di nullità dura trent'anni dal giorno della morte del testatore (5). È chiaro di non potersi applicare qui l'art. 1304, che concerne i contratti. Ma la recezione della quota dall'attore in nullità potrebb'elevare contra di lui un mezzo d'irrecettibilità, se fosse stata la conseguenza di un'accettazione volontaria, fatta con conoscenza di causa (6). Quando l'accettazione ha avuto luogo dopo la morte del padre, non si potrebbe dire, come lo dicevamo nel n.2305, che il figlio ha ubbidito ad un sentimento di timore riverenziale.

2336. Ed è perciò, che quando la divisione ha avuto luogo per donazione, e ch'è attaccata dall'azione di lesione o di riduzione, non si potrebbe attingere nell'articolo 918 del codice Napoleone (a) e nel fatto di ricezione della quota un mezzo d'irrecettibilità, analogo a quello, che noi opponiamo alla divisione per testamento. L'art. 918 fatto per de'casi particolari, ne' quali l'intervento del figlio consenziente è tutto volontario e spontaneo, non può essere esteso alle divisioni anticipate di successione,

(1) Cassaz., (camera civile) rigetto 30 giogno 1847 (dopo parità) (Devill., 47, 1, 481. *G. di Palazzo*, 1847, t. XLIX, p. 5). Cassaz., 2, agosto 1848, che cassa un arresto della corte imperiale (Devill., 49, 1. 258.) Cassaz., 16 luglio 1849, che cassa un arresto della corte di Tolosa (Devill., 49, 1, 622. *G. di Palazzo*, 1849, t. LIII, p. 607). Cassaz., 31 gennaio 1853, che cassa un arresto di Lyon, (Devill., 53, 1, 153) *Aggiungi* Agen, 6 luglio 1824 (Devill., 7, 2, 399. *G. di Palazzo*, t. XVIII, p. 861) Montpellier, 25 maggio 1842 (Devill., 42, 2, 523) Montpellier, 23 dicem. 1846 (Devill., 47, 2, 174. *G. di Palazzo*, 1847, t. XLIX. p. 113) Lione, 30 agosto 1848 (Devill., 49, 2, 7. *G. di Palazzo*, 1849, t. LII. p. 78) Agen, 12 giugno 1849 (Devill., 58. 2, 41). Nimes, 24 dicemb. 1849 (Devill., 50, 2, 308). Agen, 28 maggio 1850 (Devill., 51, 2, 177). *Contra*, arresto della camera de' ricorsi de' 4 febb. 1845 (Devill., 45, 1, 305. *G. di Palazzo*, 1845, t. XLV, p. 396), a relazione del sig. Lasagni. *Aggiungi* Bordeaux, 23 dic. 1845 (Devill., 46, 2, 242. *Gior. di Palazzo*, 1846, t. XLVI. p. 358).

(2) Art. 1304 del Codice Napoleone (*). Cassaz., 4. feb. 1845 (Devill., 45, 1, 305). *Contra*, gli annotatori di Zachariae, t. V. p. 495, n. 38, che vogliono, che quest'azione duri trent'anni.

(3) Devill., 50, 2, 305. *Gior. di Palazzo*, 1850, t. LIV, p. 267.

(4) Devill., 52, 1, 730.

(5) Devill., 52, 1, 730.

(6) *Sopra*, n 2331.

(a) Leggi civili. art 831. *Il trad.*

(*) Art. 1258 delle leggi civili. *Il trad.*

Digitized by Google

ove la sua presenza è forzata, ed ove il suo silenzio e la sua accettazione hanno potuto essere determinati da un timore riverenziale. Senza di che sarebbe presso a poco inutile, che l'art. 1079 avesse stabilito l'azione di lesione nelle divisioni di ascendente (1).

2337. Il convenuto nell'azione di lesione può arrestarne il corso, offrendo, sia in immobili, sia in contante, secondo i casi, il *deficit* liquidato (2).

Lo può anche quando l'azione è fondata su di un vantaggio eccessivo (3). È questo un altro caso di rescissione, e la riscessione, atissura perturbatrice ed estrema, può essere prevenuta da una valida offerta d'indennità, sia in numerario, sia in natura (Art. 891, C. N.).

Che se il convenuto nell'azione non facesse delle offerte sufficienti; se per esempio volesse dare soltanto del denaro, mentre occorrerebbe una indennità in immobili per sodisfare gli altri condividenti, allora il tribunale potrebbe dichiarare la divisione viziosa e nulla (4).

2338. Quando il padre di famiglia ha fatto tra'suoi figli molte divisioni successive, non si può valutare la lesione fatta ad uno di loro, che paragonando tutti questi atti, e riportandosi alla cifra totale della massa ereditaria. Supponiamo una prima divisione fatta li 11 di gennajo 1848, una seconda il 30 di novembre 1851, una terza il 14 di decembre 1854; uno de' figli si duole di essere stato leso di più di un quarto nella prima divisione, e l'attacca per farla rescindere. Evidentemente non si potrà prendere un partito sulla rescissione, se non ricercando, se il figlio, che si duole, non ha trovato un compenso nelle due divisioni ulteriori, dapoichè se queste due divisioni l'avessero indennizzato, la sua azione sarebbe senza interesse e senza causa, ed avrebbe trovato nell'insieme quello, che avrebbe perduto nel dettaglio. Epperò l'insieme deve essere preso in considerazione (5).

La specie seguente, giudicata dalla corte di cassazione, farà toccare col dito il nostro pensiero.

Molte divisioni parziali erano state fatte tra de' coeredi, e la signora Bourgeois, che vi era stata parte, non ne attaccava, che una sola, quella de' 28 di maggio 1826; ciò, che soprattutto bisogna rimarcare, si è, che nella sua azione essa articolava soltanto un'azione ristretta a questa distribuzione parziale, « ricusandosi », dice l'arresto di Rouen, impadronito della quistione (6), « di prendere per elementi tutti gl' immobili dell' indivisione generale ed originaria, del pari che tutto quello, che in diversi tempi le era pervenuto per effetto di frazionarie divisioni, e non concludendo neppure sussidiariamente alla verificazione d'una lesione poggiata su queste basi ». Si vede, esservi in ciò una prescrizione abusiva ed irragionevole. La signora Bourgeois si opponeva, che le si tenesse conto di attribuzioni, dalle quali poteva risultare una compensazione a suo favore. Essa intendeva d'isolare la divisione del 1826, ed eccepire il pregiudizio, che ne provava, senza bilanciare i vantaggi, che le altre divisioni avevano potuto farle. Messi in questi termini, la quistione non era dubbia, ed il ricorso contra l'arresto della corte di Rouen fu rigettato con arresto della camera de' ricorsi de' 27 di aprile 1841 (7); il rigetto è fondato su che l'offerta per provare la lesione, non era fatta che « ristrettivamente e fatt' astrazione dalle altre frazionarie divisioni ».

Ma a nostro parere sarebbe stato diversamente, se la signora Bourgeois in luogo di quest' ostinato rifiuto, avesse consentito a combinare la divisione del 1826 con la massa dei beni, limitandosi a sostenere, avere ricevuto dalle altre attribuzioni, delle quali era stata impossessata, non altro di quello, che l'era dovuto, senz' alcuno vantaggio, che potesse fare compensazione, e che perciò ella non aveva interesse ad attaccare degli atti, che non la ferivano, e che riconcentrava le sue critiche sullo divisione del 1826, che sola l' offendeva.

Supponiamo dunque essere certo, che la lesione, della quale il figlio si duole in una prima divisione, non è stata riparata nelle divisioni ulteriori. Per esempio dopo la divisione degli 11 di gennaro 1848, che divideva trai figli i boschi del comun padre, e dalla quale uno di essi pretende di essere stato offeso, il padre ha fatto una seconda divisione dei suoi capitali, che ha diviso per uguali porzioni, ed una terza, che versa sulla sua mobiglia, e comprende delle quote evidentemente uguali. In simile caso alcuno avrà il pensiero di sostenere, che il figlio, leso dal solo partaggio del 1848, è irrecettibile nella sua azione con-

(1) Tolosa 5 dicembre 1844 (Devill., 45, 2, 247, 248, *G. di Palazzo*, 1845, t. XLIV, p. 307).

(2) Grenier, n. 401. Art. 891 del Cod. Nap. Grenoble, 25 novembre 1814 (Devill., 7, 2, 417). Cassaz., ricorsi, 24 luglio 1828 (Devill., 9, 1, 142. *G. di Palazzo*, t. XXII, p. 119). Tolosa, 11 giugno 1836 (Devill., 36, 2, 555. *G. di Palazzo*, 1837, t. XXV, p. 1421).

(3) Riom, 25, aprile 1818 (Devill., 5, 2, 378. *G. di Palazzo*, t. XIV, p. 774). Lione, 22 di giugno 1825 (Devill., 8, 2, 98. *G. di Palazzo*, t. XIX, p. 621). Cassaz., ricorsi, 6 luglio 1854 (Devill., 35, 1, 58). Cassaz., ricorsi, 30 di giugno 1852 (Devill., 52, 1, 733) Duranton, t. IX, 651, 652. Vazeille, sull' articolo 1079, n. 6. *Contra*, Genty, n. 54, p. 324; e l'annotatore del sig. Grenier, t. III, p. 22?, n. 319.

(4) Tolosa, 21 agosto 1833 (Devill., 34, 3, 123).

(5) Arresto della Cassaz., (camera civile) de' 18 dicembre 1854, renduto sotto la mia presidenza a relaz., del sig. Lavielle, e conteonente cassazione di un arresto d' Orléans: è ancora inedito.

(6) 4 dicembre 1838 (Devill., 39, 2, 191, 192).

(7) Devill., 41, 1, 389.

Digitized by Google

tra di quest'atto, perchè non dimanda in pari tempo la rescissione de' due altri partaggi ulteriori. Egli non la dimanda, perchè non ha interesse di dimandarla perchè queste divisioni non gli recano alcun pregiudizio, e perchè esse sono state giuste verso di lui. Egli non si ricusa a fare il calcolo della lesione sulla massa de' beni; egli intende bene di non potersi provare la lesione di una divisione frazionaria senza ricorrere alle altre, e senza compararle tra loro, ma pretende, non esservi nel fatto compensazione, e che il torto del 1848 non è stato riparato dagli altri atti. Spetta ai suoi avversari, che pretendono il contrario, di provarlo.

Articolo 1080 — (1036).

Il figlio, che per una delle cause espresse nell' articolo precedente, attaccherà la divisione fatta dall' ascendente, dovrà fare l' anticipazione delle spese dell'estimazione, e le sopporterà in diffinitivo, del pari che le spese della contestazione, se il richiamo non è fondato (a).

SOMMARIO

2339. Motivi della disposizione — Essa non è applicabile ad una dimanda fondata su di una causa diversa dalla lesione.

COMMENTARIO

2339. Quest'articolo è una precauzione contra la dimanda di rescissione, che il cattivo umore o la gelosia potesse suggerire ad un figlio. L'attore in lesione dovrà fare l'anticipazione delle spese dell' estimazione, salvo ad esserne rimborsato, se guadagna la lite.

Che se l'evento riesce contra la sua pretensione, egli sopporterà questa spesa e tutte le spese della contestazione.

Ma rimarcate, che l'art. 1080 non si applica al caso, in cui la dimanda è fondata su di una causa estranea alla lesione. Supponiamo, che uno de' figli attacchi la divisione, perchè il suo consenso è stato sorpreso dal dolo, dalla frode o dalla violenza, non si potrebbe richiedere da lui, ch'egli anticipasse le spese della contestazione. Sono queste delle cause di rescissione, che si distinguono da quella della lesione (1). Or l'art. 1080 dichiara espressamente, essere emanato pel solo caso, in cui il figlio attacca la divisione per una delle cause enunciate nell'articolo precedente, cioè lesione di più di un quarto ed eccesso nell'uso della porzione disponibile (2).

CAPITOLO VIII.

DELLE DONAZIONI FATTE PER CONTRATTO DI MATRIMONIO AGLI SPOSI ED A' FIGLI DA NASCERE DAL MATRIMONIO.

SOMMARIO

2340. Obietto di questo capitolo. — Differenza tra le donazioni antenuziali, delle quali esso si occupa, e le donazioni *propter nuptias*. — Divisione.

COMMENTARIO

2340. Il favore del matrimonio ha sempre fatto ammettere delle disposizioni speciali relativamente alle donazioni, il di cui obietto è d'incoraggiare delle unioni, che formano il sostegno dello stato (3). Per lo che queste donazioni hanno un carattere eccezionale, e per-

(a) Uniforme a quest' articolo è l' art. 1036 delle leggi civili. *Il trad.*

(1) Art. 887 del Codice Napol. (*).

(2) Arresto inedito della corte d' Orléans, de' 15 di genn. 1853 (Firmio Carrè contra i suoi fratelli).

(3) Furgole, sull' art. 10 dell' Ordin. 1731.

(*) Leggi civili, art. 897. *Il trad.*

ciò il codice Napoleone ne fa la materia di un capitolo particolare.

Ma prima di entrare nell'esposizione de'privilegi, che la legge loro accorda, faremo rimarcare, che le donazioni a'coningi ed a' figli da nascere dal matrimonio, dell'e quali ci dobbiamo qui occupare, non hanno nulla di comune con la donazione *propter nuptias* del dritto romano. « *Multum distat donatio propter* « *nuptias*, dice Cujacio (1), *a donatione, quae* « *moribus nostris fit respectu matrimonii*.... « *Donatio favore matrimonii est, quae altenutri conjugum fit a parente vel extraneo* « *conjugi, non conjugis nomine. Donatio-* « *nes ergo propter nuptias hodie sunt penitus* « *ex usu sublatae* ». La donazione *propter nuptias*, specie di contra dote (2), era una liberalità antenuziale, che solo il marito poteva fare alla moglie, e che questa guadagnava per la premorienza del marito; d'altronde cadde in desuetudine presso le nazioni moderne (3), che solo conservarono l'uso de'regali di nozze, delle *sposalizia*, ec., ec.

Ma le donazioni antenuziali, prevedute dal capitolo 8.°, sono quelle, che de' terzi fanno agli sposi o ad uno di loro nel contratto di matrimonio per favorire il loro stabilimento. Queste donazioni sono favorevolissime e sono investite di numerosi privilegi. Esse si distinguono profondamente da quelle, che i terzi possono fare a'coningi in pendenza del loro matrimonio, imperocchè queste cadono sotto lo impero del dritto comune, mentrechè le altre se ne separano per considerevoli eccezioni.

Aggiungiamo, essere il nostro capitolo egualmente estraneo agli effetti, che il regime matrimoniale, adottato dagli sposi, imprime alle cose donate; il che è l'oggetto del titolo del *contratto di matrimonio*.

Circa le donazioni tra marito e moglie sia per contratto di matrimonio, sia pendente il matrimonio, sono trattate nel cap. 9, ove continueremo a trovare delle rimarchevoli anomalie introdotte per la considerazione del matrimonio. Ritorniamo alle donazioni antenuziali fatte da' terzi; esse si dividono in quattro classi: 1.° le donazioni de'beni presenti; 2.° le donazioni di successione o instituzioni contrattuali; 3.° le donazioni de'beni presenti a futuri; 4.° le donazioni de'beni presenti con delle condizioni potestative, che permettono al donante di dare e di ritenere. Questa sarà la materia degli articoli seguenti, il cui comento ha un importante interesse.

ARTICOLO 1081 — (1037)

Ogni donazione tra vivi di beni presenti, quantunque fatta per contratto di matrimonio agli sposi o all'uno di loro, è sottoposta alle regole generali prescritte per le donazioni fatte a tal titolo. Essa non potrà aver luogo a favore de' figli da nascere, se non ne' casi enunciati nel capitolo VI del presente titolo (a).

SOMMARIO

2341. Delle donazioni de' beni presenti. Esse sono regolate dalle regole delle donazioni ordinarie. — Esse non possono farsi a favore de' figli da nascere.

2342. Nulladimeno per queste donazioni vi è qualche eccezione al dritto comune. — Specialmente esse non sono soggette alla regola « donare e ritenere non vale » — Esse obbligano il donante alla garentia.

COMENTARIO

2341. Il nostro articolo apre il capitolo VIII con quanto è relativo alle donazioni nuziali de'beni presenti. Il suo pensiero si dirige dapprima sulle donazioni de'beni presenti, che sono concepite ne' termini del dritto comune, e che non cercano di approssimarsi con delle clausole eccezionali alle donazioni testamentarie. Queste donazioni di beni presenti, che impossessano immediatamente il donatario, e formano la dote del matrimonio, sono utilissime a'coningi; procurano loro sul momento de' vantaggi, che permettono loro di sopportare i carichi della famiglia. Il codice vuole, che siano sottomesse alle regole generali dettate per le donazioni tra vivi ordinarie, e per conseguenza sono soggette alla trascrizione, conformemente all'articolo 939 (4) (b), e se comprendono degli effetti mobiliari, debbono essere accompagnate dallo stato dettagliato prescritto dall'art. 948(5)(c) Il nostro articolo esige pure di non potersi dona-

(1) *Observat.*, lib. V, cap. 4.

(2) Il mio *comentario del contratto di matrimonio*, prefazione.

(3) Id.

(a) Uniforme a quest' articolo è l'art. 1037 delle Leggi civili *Il trad.*

(4) Cassaz., cam. civ., 2 aprile 1821. (Devill., 6, 1, 409.) Cassaz., cam. civ., 23 luglio 1822. (Devill., 7, 1, 114). *Supra*, n. 1168.

(b) Leggi civili art 863. *Il trad.*

(5) *Sopra*, n. 1250. *Infra*, n. 2443.

(c) Leggi civili art. 872. *Il trad.*

Digitized by Google

re i beni presenti a'figli da nascere, tranne che per mezzo della sostituzione autorizzata dagli art. 1048 e seguenti. Per regola i figli da nascere non sono persone capaci; soli coloro, ch'esistono, possono ricevere delle liberalità: *Esse enim debet, cui detur* (1).

Si può pertanto obiettare, che quando si forma un matrimonio è naturale la speranza della nascita di figli, e, come dice Coquille « con ragione ed onesto desiderio, che fa, ch'essa « sia considerevole » (2). Il perchè l'ordinanza del 1731, articolo 10, e parecchie consuetudini (3) autorizzavano a donare a' figli nascituri mercè un contratto così pieno di privilegi come il contratto di matrimonio. Si supponeva, essere gli sposi delle persone capaci di stipulare in favore de' figli da nascere dalla loro unione, e per difendere, rappresentare, e conservare i loro interessi.

Ma il codice Napoleone si è mostrato meno facile, nè ha voluto qui deviare dalla regola dettata dall'art. 906 (4). Così per esempio Primo non potrebbe donare i suoi beni presenti al figlio, che nascerà dal matrimonio di Secondo con sua nipote, come si poteva farlo prima (5). Ed in effetti si può dimandare, se vi è una grande utilità in una disposizione così singolare, che preferisce un essere futuro ed ignoto a'coniugi presenti e conosciuti. Se sopra tutto il donante teme la cattiv'amministrazione de' coniugi, non ha egli la risorsa della sostituzione officiosa, che il nostro articolo gli riserva, e mercè la quale sono chiamati i figli nascituri (6)?

Nondimeno i figli nascituri dal matrimonio possono essere gratificati, quando la donazione si versa sui beni futuri, come lo vedremo nell' art. 1082.

2342. Malgrado l' essersi sottoposte le donazioni antenuziali dei beni presenti alle regole generali delle donazioni, vi sono nulladimeno delle eccezioni, che è buono di notare sin da ora, e che sono state ammesse per la necessità di favorire l'unione coniugale (7).

1. Esse non hanno bisogno di essere accettate solennemente (8).

2. Non sono risolute per ingratitudine (9).

3. Sono caduche, se il matrimonio non siegue (10).

4. Vi è dippiù, e vedremo nell' art. 1086, che la donazione dei beni presenti, può uscire dal carattere, che gli assegna il dritto comune, e sotto del quale il nostro articolo la considera, comechè può essere fatta sotto condizioni dipendenti dalla volontà del donante (11). Allora la donazione dei beni presenti, così alterata, forma una classe di liberalità proprie del contratto di matrimonio, e regolate dall'art. 1086. La regola *donare e ritenere non vale* non vi ha luogo in tutta la sua estensione (12), ed il disponente agisce tanto da testatore, che vuole riserbare una parte alla sua volontà ambulatoria, quanto da donante (13). Così il donante può giungere sino a riserbarsi la facoltà di disporre di tutta o parte della cosa donata. E che cosa è più contraria di questa alla massima « *Donare e ritenere non vale?* » Ma i contratti di matrimonio sono suscettibili di tutte le clausole e le condizioni, che non sono contrarie ai buoni costumi, ed il carattere testamentario e rivocabile può mischiarsi alle più severe regole della donazione (14).

Del pari il donante può non donare, che sotto la condizione imposta al donatario di pagare tutti i debiti o pesi dalla sua successione, e questi è obbligato di adempiere questa obbligazione (15).

5. Da ultimo la donazione dei beni presenti, fatta con contratto di matrimonio, si approssima sotto taluni riguardi ai contratti a titolo oneroso. Essa dà luogo alla garentia giusta lo art. 1440 del codice Napoleone (16) (a).

E non solamente la donazione alla futura sposa a titolo di dote genera questa garentia da parte del donante, ma quella pure, che è fatta da un terzo al futuro sposo in considerazione del suo matrimonio. Tale donazione è pure una dote, prendendo questa parola *lato sensu*, perchè ha per destinazione di aiutare i futuri sposi a sopportare i pesi del matrimonio. Essa non interessa soltanto il coniuge donatario ma interessa ancora l' altro coniuge; è un titolo oneroso, e deve produrre l' effetto della garentia (17).

Del resto la garentia non pesa meno sui donatari estranei, che sul padre e sulla madre, e noi abbiamo spiegato questo punto nel nostro comentario del *Contratto di matrimonio* (18).

(1) L. 14. D., *De jure codicill.*
(2) Sul Nivernese, cap. 27, *Donaz.*, art. 12.
(3) Furgole, sull' art. 10 dell' ordinanza del 1731. Berey, t. VII, art. 6. Nivernese cap. 27, art. 12.
(4) *Sopra*, n.i 607 e seg.
(5) Brodeau su Louet, let. D, som., 51.
(6) *Sopra*, n.i 2211, 2221, 2224.
(7) *Sopra*, n.i 1227, 1228, art. 947 C. N.
(8) *Infra*, n. 2469, art. 1087.
(9) *Sopra*, n. 1348, art. 959.
(10) *Infra*, (art. 1088), n. 2471.
(11) *Sopra*, (art. 947), n. 1227.
(12) *Sopra*, (art. 944), n.i 1209 e seg.
(13) *Sopra*, n.i 1227, 1228. *Infra*, sull'art. 1086, n. 2446.
(14) *Sopra*, (art. 946), n. 1222 e seg.
(15) Art. 1086, *infra*, n. 2448.
(16) Il mio Comentario del *Contratto di matrimonio*, t. I, n. 1246.
(a) Leggi civili articoli 1360 e 1361. *Il trad.*
(17) Rouen, 3 luglio 1828 (Devill., 9. 2, 110).
(18) *Loco citato.*

Articolo 1082 — (1038)

I padri e le madri e gli altri ascendenti, i parenti collaterali degli sposi, ed anche gli estranei potranno per contratto di matrimonio disporre di tutti o parte de' beni, che lasceranno nel giorno della loro morte, tanto a favore de' detti sposi, che a favore de' figli da nascere del loro matrimonio nel caso, in cui il donante sopravvivesse allo sposo donatario.

Simile donazione, quantunque fatta solamente a favore degli sposi o di uno di essi sarà sempre nel detto caso di sopravvivenza del donante presunta fatta a favore de' figli e discendenti da nascere dal matrimonio.

Articolo 1083 — (1039).

La donazione nella forma indicata nell' articolo precedente sarà irrevocabile solamente nel senso, che il donante non potrà più disporre a titolo gratuito degli oggetti compresi nella donazione, se non per somme modiche, a titolo di ricompensa o altrimenti (a).

SOMMARIO

2343. Dell' instituzione contrattualo — Della soa origine. — In dritto romano ara vietato d' institairo an erede con contratto.
2344. Critica do' motivi, cha facevano respingare ogni disposizione per contratto della propria successione.
2345. Sotto quasto rapporto il diritto modorno ha darogato al diritto pe' contratti di matrimooio.
2346 Istoria di qoesta rivocaziooe. — Rinvio.
2347. Conciliaziona dell' irrevocabilità della dooaziona con la facoltà di disporre, da' propri beni, cbo conserva l' aatore dell' instituziono.
2348. L' istituzioоa contrattualo è un geoere di disposiziona mista tra la donaziono ed il testamento.
2349. Quello, cha ha fatto aoa istituziono contrattaalo ba il diritto di alienaro i sooi beni a titolo oneroso.
2350. Ma non paò disporna grataitamonta, salva della l·ggiero occezioni.
2351. Della riserba da parte dell' instituoote dol dritto di disporre di una cosa, compresa noll' iostituzione.
2352. L' istituanta ha la facoltà di sostitoire una cosa alla cosa, specificata nella riserva?
2353. L' institucota ha il dritto di rinunziaro ad una prescrizione acqoistata?
2354. L' eredo istituito dava rispettare gli atti a titolo ooeroso, fatti dall' iastituento seoza frode; ancha una alienazione a fondo perduto.
2355. L' oreda istituito può alienara il suo dritto prima dalla morte dell' instituante? — Può rinanziarvi? — Nò, neppura per cootratto di matrimonio.
2356. L' institoito può ripudiare la successione dell'istituonto dopo la morte di qaesta? — Questa ripadiaziono profitta agli altri legatari.
2357. Della caducità dell' instituziona por la premorienza dell' istitaito. —. Dolla sostituziona volgaro a favoro de' figli dell' istituito.
2358. Vi è una disposiziono oontrattuale nella disposiaione, con la qualo un padro nal maritara suo figlio, lo dichiara figlio primogonito o principalo erode? *Quid* nella promessa di riserbare la sua successiono? *Quid* aella promessa di aguaglianza?
2359. Specie particolara, nella quale si domanda se vi è istituziono cootrattaale?
2360. L'istituzioao cootrattaale noo è valida, che quando è fatta a favore del futuro sposo e coa lo stesso contratto di matrimonio.
2361. Della clausola di associazione. — Dritto antico. — Controversa sotto il Codice Napoleone. — Essa non è valida.
2362. A chi profitta la nullità della clausola di associaziona? All' istituito o agli eredi *ab intestato?* — Bisogna indagare la volontà del donante.
2363. L' accrescimeoto ha luogo in materia d' instituziono contrattualo.
2364. L' instituzione cuntrattuala è aniversale, a titolo aniversale, o particolare.
2365. L' instituito è tonuto do' debiti nagli stessi casi a dello stesso modo di an legatario. È tenuto do' dobiti ancho postariori alla saa istituziona.
2366. L' istituito è impossessato in virtù dol suo contratto, c non ha rilascio da dimandare.
2367. L' iostituito noo può dividere l' instituzione, a tenersi a' beni presenti del donante.
2368. Della capacità necessaria por fare aoa instituzione cuntrattuale. — Del minoro.
2369. Il mioore fa una valida instituzioac nal soa contratta di matrimonio a favoro della sua futura sposa.
2370. M› non può istituiro i suoi figli da oascera.
2371. Dolla donna maritata. — Essa può con l'antorizzaziono di soo marito o del giudica disporra par istituziono contrattualo anche do' suoi immobili dotali.
2372. L' iostituzione contrattualo non è soggetta alla trascriziono.
2373. Non è rivocabilo per ingratitudine.
2374. Non ha bisogno di essere aecettata aspressamente.
2375. Ma è rivocabile per sopravvenieoza di figli.
2376. Della promossa di aguaglianza. — Dalla sua validità.
2377. Il padre in questo caso conserva il dritto di donaro la qoota disponibila a do' terzi? — Arresto di Bordeaux par l'affermativa.
2378. Io tesi ganerala il padra, cba ha fatto una promessa di uguaglianza, si è intardetto coo più forte ragiono di donaro a degli estranei.
2379. Continuazione. — La promessa di aguaglianza conferisce nn' assicarazione nolla quota dispooibile.
2380. I figli, a' quali la promessa di uguaglianza non è stata fatta, possono essoro ridotti alla loro riserva.
2381. Il padre, che ha instituito uno do' suoi figli con promessa di aguaglianza, ha ancora il dritto di faro la divisiono do' saoi beni tra' suoi figli?

(a) Sono conformi a qaesti duo articoli gli articoli 1038 e 1039 delle Leggi civili. *Il trad.*

COMENTARIO

2343. Il genero di disposizione, di cui parla il nostro articolo, è conosciuto nel dritto sotto il nome d' instituzione contrattuale. Questa materia, usualissima in altri tempi, l'è oggi molto meno. Noi ne diremo soltanto quello, che bisogna dirne, trascurando le quistioni oziose, i dettagli senza importanza, e le ipotesi troppo lontane dal circolo della pratica.

De Lauriere, che ha dottamente trattato questo subbietto (1), definisce così l' instituzione contrattuale. « È una donazione irrevocabile « della successione o di una parte di succes- « sione, fatta per contratto di matrimonio a fa- « vore di uno dei coniugi, o dei figli, che deb- « bono avere insieme ».

È questa la fedele immagine della disposizione preveduta dal nostro articolo, disposizione, che si allontana dai principî del dritto comune, e che per l' innanzi spessissimo si chiamava « convenienza di succedere », come per dinotare in questa denominazione caratteristica, il ravvicinamento di due cose, che si per l'ordinario si escludono, cioè la successione futura ed il contratto. Prima di esaminarla sotto il punto di vista dottrinale e pratico, dobbiamo segnalarne la sorgente, tuttaffatto straniera ai principî generali del dritto civile romano (2).

Ed infatti le istituzioni contrattuali erano ignote ai romani. Nel loro sistema non si poteva fare una istituzione di erede se non con l'atto civile, chiamato testamento; i codicilli ed i fedecommessi non avevano questo privilegio, perchè davano luogo soltanto a delle disposizioni indirette (3). Con più forte ragione era vietato d' instituire degli eredi per contratto (4). Oltre di che i Romani videro sempre dei gravi inconvenienti nei patti intervenuti nelle successioni future (5). Da una parte l' industria delle eredità era così scandalosa e così ardita (6), che bisognava torle almeno questo ramo delle sue speculazioni. D'altra la libertà dei testamenti era nei costumi romani una di quelle, delle quali i cittadini erano più gelosi e non si poteva ammettere, che un padre di famiglia si ponesse nella necessità di non rivocare a piacere le sue liberalità testamentarie (7).

Per lo che troviamo nel codice di Giustiniano una decisione degl' Imperatori Valente e Gallieno, secondo la quale una obbligazione contratta dal padre nel maritare sua figlia di assicurarle la metà della successione con suo fratello, è dichiarata destituita di effetto (8). Donde questa regola contenuta nella legge 20, D., *de Verb. signif.* : — « *Verba contraxe- « runt, gesserunt, non pertinent ad testandi « jus* ».

Nulladimeno si scorge dalle stesse leggi, che le proscrivono, che le promesse fatte in un contratto di matrimonio a favore di uno degli sposi sulla successione futura del donante facevano dei progressi nei costumi (9). Avvenne pure, che l' uso la vinse sulla sottigliezza del dritto, come rileviamo dalla novella 19 di Lione il filosofo (10), il quale dichiarò, essere profondamente assurdo (11) il volere, che un padre, che aveva promessa l' uguaglianza a sua figlia nel maritarla, si giuocasse della sua parola. Per verità questa costituzione, non formando parte delle compilazioni di Giustiniano, non ha avuto forza di legge nella nostra antica giurisprudenza; ma per lo meno ha l' autorità, che appartiene al buon senso ed alla giustizia (12).

2344. Ciocchè lo prova si è, che lo stesso dritto romano, malgrado le sue prevenzioni contra i patti sulle successioni future, le autorizzava a favore dei soldati, come si scorge dalla legge 19 C. *de pactis*, ove gl' imperatori Diocleziano e Massimiliano mantengono un patto di succedersi reciprocamente, che due soldati si erano fatti in battaglia. E la ragione, che ne viene data, si è, che la volontà del soldato su quello, che deve aver luogo dopo di lui relativamente alla sua successione, non ha bisogno delle forme ordinarie, e che essa ha l' autorità di una sorte di decreto, se è perseverante sino alla morte.

Ciò stabilito, perchè delle convenzioni valide tra soldati, sarebbero senza distinzione condannate tra particolari? Forse perchè in tutte le convenzioni sulle successioni future vi è un attentato necessario ai buoni costumi ed alla giustizia? Non vi sono forse dei casi numerosi, si-

(1) Trattato delle instituzioni contrattuali, cap. 1, n. 21.

(2) Henrys, t. III, lib. 5, cap. 4, q. 59, p. 257.

(3) Giostiniano, *Instit. de codicillis*.

(4) De Lauriere, *Instit. contratt.* cap. 1, n. 5.

(5) Argom. della legge 5, C., *De pactis conventis* e l. 3, C., *De collationibus*.

(6) Plinio il Giovane, I, *Epist.* 20 Plinio l' Antico, XIV, 1. Petronio, *Satyricon*, 16. Ed i poeti, come Orazio (lib. 2, Satyr, 5). Marziale (XI, 44). Giovenale, (4, v. 18 e 19, 5, v. 98; 12, v. 93 e seg.).

(7) L. *si quis* D., *De legat.* 10. E l. *Stipulatio*. D., *De verb. oblig.* Coquille sul Nivernese, *Delle donazioni*, art. 12.

(8) L. 15. C., *De pactis* (an. 267).

(9) L. 5, C., *De pactis conventis*, e l. 15, C., *De pactis* (precitata).

(10) Cujacio sulla legge 15, C, *De pactis*.

(11) *Evidentem absurditatem*.

(12) Cujacio sulla legge 26, D, *De verb. oblig.*

Digitized by Google

mile a qualcuno di quelli, che più sopra indicavamo, nei quali sono utili alla famiglia invece di compromettere i suoi interessi?

A non considerare la cosa, che sotto il rapporto del dritto naturale o del dritto delle genti, i patti sulle successioni future non possono essere temuti, che a causa delle disposizioni, e dei costumi di certi popoli, come dice benissimo Cujacio (1). Ed io effetti sarebbero forse riprovati, perchè costringono la libertà di testare? Ma forse la libertà di testare è una libertà senza limiti? Forse non riconosce dei legittimi confini? Forse il potere del testatore non è tenuto di arrestarsi innanzi l' indisponibilità di una porzione del suo patrimonio? Forse colui, che dona, che aliena, che si obbliga, non restringe in una certa maniera il suo dritto di testare (2)? Ed in che può dolersi il disponente degli ostacoli, che volontariamente he egli messo alla sua potenza?

Si dirà forse, che la donazione della successione futura, che si fa per patto, può indurre a fare dei voti criminali per la morte di colui, che l' ha promessa? Ma questa conseguenza non è nè certa, nè necessaria; l'iniquità di qualche uomo non deve impedire la legge di permettere ciò, che non contiene in se veruna iniquità. Allora bisognerebbe pure vietare la donazione di tutti i beni con riserva di usufrutto ed altri contratti della stessa natura. Tutto questo è esagerato, e Zazio ha ragione di rinviare agl' italiani questi chimerici timori: « *Ea quae* « *de voto captando mortis proferuntur. Italis* « *esse relinquenda* (3) (a) ».

Diciamo dunque, che nè il dritto naturale nè il diritto delle genti si oppongono ai patti *de succedendo*, pei quali uno si obbliga in certi casi di donare la propria successione; patti chiamati dagl' interpreti *affermativi* per opposizione ai patti *negativi*, coi quali si rinunzia ad una successione (4). Senza dubbio vi è del pericolo ed una grande inconvenienza a disporre di dritti, che si può avere eventualmente sulla successione di una terza persona vivente. L'articolo 791 vieta simili patti anche nei contratti di matrimonio, vale al dire nel più favorevole contratto. Ma vi vuol molto, perchè si debba trattare con un rigore così assoluto le convenzioni di succedere, che versano unicamente sulla futura successione del disponente.

2345. Ed è perciò, che una consuetudine tanto antica, quanto generale, ha fatto derogare quasichè da per tutto sotto questo ultimo rapporto *fere ubique gentium*, dice il presidente Fabro (5), a questa regola del dritto civile romano, che annullava ogni patto sulla eredità di un uomo vivente. Ciò non vuol dire, che anche sotto questo punto di vista ristretto sia duopo di aprire con leggerezza la porta a tutti i patti *de succedendo*, percicocchè ciò sarebbe passare da una proibizione esagerata ad una imprudente facilità. Ed in effetti non mancano dei casi, nei quali essi hanno dei pericoli, e possono divenire una causa di circonvenzione e di sorpresa (6). Ma quando una persona promette la sua successione con contratto di matrimonio e per favorire la creazione di una famiglia, non vi è in questo nulla, che non sia onesto e profittevole al bene pubblico. Epperò le nazioni moderne hanno permesso di donare l'eredità per contratto di matrimonio, *propter dignitatem et amplificationem familiarum* (7).

2346. De Laurière ha cercato di precisare l' origine di questa deviazione universale dai principî del dritto civile romano (8). Le sue ricerche hanno sparsa della luce su questo punto d' istoria (9). Noi lo seguiamo in questa via nella prefazione del suo comentario.

2347. Tentiamo ora di determinare il carattere dell' instituzione contrattuale, riportando la nostra attenzione sulla definizione, che ne abbiamo data nel n. 2343.

E dapprima poichè l'instituzione contrattuale è una istituzione di erede, o altrimenti detta una donazione della successione (*dationem successionis*, come dice Cujacio) (10), ne siegue, che si riferisce alla morte del disponente, e che questi si obbliga soltanto a donare quello, che rimarrà alla sua morte. Nonpertanto è irrevocabile per la sua essenza (11), ed il donante mancherebbe alla sua promessa, se disfacesse indirettamente quello, che non può rivocare direttamente. Come dunque conciliare queste due condizioni, in apparenza contraddittorie?

(1) Sulla legge 96, D., *De verb. oblig.*
(2) *Infra*, n. 2374.
(3) *Consil.* 1, n. 38, lib. 2. Vinoio, *De pactis*, c. 19, n. 5,
(a) È già da gran tempo, che gli oltramontani dopo di aver fatti propri i ricchi prodotti dell'ingegno italiano, calunniano senza riserva una nazione, verso della quale non sapendo essere grati, si rendono bruttamente ingiusti. È questo un argomento tanto volte trattato, che può dirsi esaurito, e noi ci contentiamo di ripetere in questa occasione il *nesciunt quid faciunt* di Cristo in Croce, che loro applicava in altra simile un bel nomo Italiano *Il traduttore.*
(4) Vinoio, *loc. cit.*, n 5 *in fine.*
(5) C., *De pact. convent*, lib. 5, t. IX. Defin. 6.
(6) Art. 1130, C. N., art. 791.
(7) Baldo, *in cap.* 1, § *moribus, si de feud. d. f. content. sit. int. dom et agn. vas.* Decio, *Cons.* 516, n. 3, e *Cons.* 656, n. 12. Menochio, *Cons.* 1, n. 168. Voet, *ad Pand. De pact. dot.*, n. 57 bis, e *De pact.*, n. 16. Ricard, *Donaz.*, part. 1, n. 1041. Furgole, *sull'ordin. del* 1731, t. V, p. 99 e seguenti. Vinoio, *De pactis*, cap. 19, n. 5.
(8) *Aggiungi* Merlin. Repert., v° *Institut. contract.*, § 1, p. 280; e *Rivista di legisl.*, t. XI. p. 127.
(9) V. anche *Rivista di legislaz.* t. XI. p. 127.
(10) *Ad African.*, Tract. 2, p. 53. De Laurière, *Delle instit. contratt.* n. 21.
(11) Angiò, art. 245. Maine, art. 262. Normandia art. 244. Tours, art. 252. Berry, t. VII, *Delle donaz.*, art. 6. Auvergne, cap 14, art. 33, Nivernese, T. *Delle donazioni*, art. 22. Brodeau su Louet, Lett. S, som. 9. n. 5. *Infra*, n. 2349.

Nulla è più facile col considerare, che se la irrevocabilità dell' instituzione si oppone a che il disponente ne distrugga gli effetti con una volontà fraudolenta, essa non gl' impedisce di amministrare da buon padre di famiglia una fortuna, della quale non si è voluto spogliare attualmente, ed anche di disporne nella misura dei suoi legittimi bisogni e con una intiera buona fede. Non è questa indubitatamente una irrevocabilità assoluta, ma il disponente, che era padrone di non donare nulla, ha potuto con più forte ragione donare, apportando alla irrevocabilità della sua donazione talune limitazioni ammessibili a causa del favore dei matrimoni. L' instituito non potrebbe dolersene; diciamo pure, che quello, che gli è stato donato, vale bene la pena, che ne sia riconoscente. Ed in effetti il disponente gli ha assicurato dei dritti quasi simili a quelli, che i figli hanno sul patrimonio paterno. Per una specie di adozione successoriale il contratto consacra per lui le stesse obbligazioni, che la natura e la legge sanzionano pei primi. Se i figli si debbono tenere per soddisfatti di una semplice espettativa, che comunque sia per essi una specie di certezza, si concilia nondimeno col dritto di proprietà conservato al padre, perchè l' istituito contrattuale sarebbe considerato come peggio trattato, per la ragione che l' instituente non abdica per lui i suoi dritti attuali di padrone della cosa? Esso può riportarsene all' affezione paterna per vegliare sull'avvenire dei figli. Vedremo anche da qui a poco, che l' instituito è in una posizione migliore del figlio, perocchè il padre può donare i suoi beni nella proporzione della quota disponibile, e l' instituente non lo può (1).

2348. Da tutto ciò siegue, essere l' instituzione contrattuale un genere misto di disposizione, che partecipa della donazione e del testamento, e che a parlare propriamente non è nè l' una nè l' altra. Essa non è una vera donazione, perchè la donazione spoglia il donante, mentre l' instituzione contrattuale permette anche di alienare a titolo oneroso e di buona fede i beni, che vi sono compresi, di talchè la regola « *donare e ritenere non vale* » non vi ha luogo. Essa non è neppure un testamento, perchè è della essenza del testamento di essere rivocabile, mentre l' instituzione contrattuale non è soggetta ad essere rivocata dalla volontà ambulatoria del disponente (2). Indubitatamente essa fa un erede, come se ne può fare uno per testamento, ma a differenza dell'erede testamentario, l' erede contrattuale non è tenuto di domandare il rilascio ed il suo contratto lo impossessa anche contra l'erede del sangue(3). Epperò l'instituzione contrattuale è un miscuglio di certi tratti dei testamenti e delle donazioni, miscuglio intelligente, che i popoli moderni hanno sentito il bisogno di formare, onde le disposizioni gratuite in favore dei matrimoni così utili e così degne d' incoraggiamento, non siano troppo onerose pei disponenti(4). Per raggiungere codesto risultamento non bisognava rassomigliare ai Romani, che facevano più conto della libertà dei testamenti, che del favore del matrimonio, ma bisognava preferire il matrimonio al dritto di testare, e per l'istinto appunto di questa preferenza il dritto consuetudinario adottò le convenienze matrimoniali di succedere (5).

2349. Abbiamo detto, che colui, che ha fatto una instituzione contrattuale può alienare a titolo oneroso, o, come diceva Loisel, può ajutarsi dei suoi beni (6). È questa una regola del nostro dritto consuetudinario, che il codice Napoleone ha saggiamente conservato. Nei paesi di dritto scritto si guardavano le instituzioni contrattuali sotto un altro punto di vista, perciocchè si mostravano agli occhi dei giureconsulti sotto l' aspetto di donazioni universali tra vivi (7), e movendo di là l' instituente non poteva disporre dei suoi beni, menochè in certi casi di eccezione (8). Ma era questa una deviazione dall' idea madre dell' instituzione contrattuale, che non è altro, che una donazione di successione; era un mezzo immaginato per non allontanarsi di troppo dai principi del dritto romano puro in materia di patto sulle successioni future. Il codice ha adottato il sistema più franco e logico del dritto consuetudinario. Ed in effetti l' instituzione contrattuale non è altro, se non la donazione irrevocabile, non già dei beni presenti, ma dei beni che l' instituente lascerà in tempo della sua morte. Epperò può servirsi dei suoi beni, come può farlo un proprietario; egli ha ritenuto implicitamente questo dritto, e la natura dell' atto lo dice con certezza. Ed io vero perchè non ha egli fatta una donazione presente? Perchè non si è spogliato? Evidentemente perchè non ha voluto legarsi intieramente le mani; perchè nel concorrere a formare una famiglia, non ha voluto spogliare presentemente la sua; e per dir tutto in una parola il donante si obbliga unicamente a donare la successione, o per ripetere i termini del nostro articolo, i beni, che lascerà in tempo della sua morte. Non è questo lo stesso di riserbarsi con una clausola formale il dritto di fare tutti gli atti del buon padre di famiglia, il quale per fare

(1) N. 2350.
(2) Fabro, C., *De pact. conv.*, *defin.* 7.
(3) De Laurière, t. I, p. 70, cap. 4, n. 38. *Infra.*, n. 2366.
(4) Furgole, *loc. cit.*, p. 101.
(5) Coquille sul Nivernese, *Delle donazioni*, art. 12.
(6) 2, 4, 10.
(7) De Laurière, cap. 4, n. 8, e su Loisel, 2, 4, 10.
(8) Fernand. *De futura conventionali successione*, cap. 7, ni 6 e 7. De Laurière, *loc. cit.*, sommario del n. 8. Duperrier, *Quist. notabili*, lib. 2, cap. 16. Merlin, Repert., v° *Institution. contratt.* § 8, n. 9. Furgole tentava di combattere questa giurisprudenza sotto l' ordin. del 1731, art. 13.

Digitized by Google

progredire i suoi affari può vendere, permutare, alienare, contrarre delle obbligazioni, ed ipotecare (1)? Laonde conchiudiamo con De Laurière (2) e coi nostri articoli, che il disponente conserva la libertà ed il potere di vendere e di obbligare i suoi beni, come gli piace, purchè ne usi senza frode. Così potrà egli vendere una casa per comprare un podere; un podere per avere una carica, o una tenuta per avere delle rendite; almeno ogni volta, che egli stesso non ha messo dei limiti a questo dritto nel contratto di matrimonio, per esempio promettendo a suo figlio di non fare delle alienazioni senza il consentimento di costui (3). Per dirlo di passaggio non abbiamo verun dubbio sulla validità di una tale clausola, comunque sia stata contrastata(4). L'instituente avrebbe potuto donare la sua cosa irrevocabilmente, ovvero avrebbe potuto donarla, riserbandosi l'usufrutto; perchè gli sarebbe vietato di obbligarsi con una promessa, che lo avvicina ad un usufruttuario. In tutto questo non si potrebbe vedere nulla, che ferisca la morale, l'ordine pubblico e le leggi; ed il vero male sarebbe di mancare a delle convenzioni scritte in un contratto di matrimonio, e che forma la base della unione di due famiglie.

2350. Ma se è vero, che pel dritto comune l'instituente può alienare, non è meno certo, essergli vietato di disporre a titolo gratuito per donazione e per testamento delle cose comprese nell'instituzione contrattuale. L'art. 1083 contiene a tal riguardo una proibizione espressa, e mercè una eccezione, che spiega il favore dei matrimoni, toglie pure all'instituente il dritto di testare liberamente ed indefinitamente, dritto, che per regola generale nessuno può togliere a sè stesso, comprimendo la sua libertà individuale (5). Nulladimeno questo non deve essere inteso con esagerazione, dapoichè vi sono delle donazioni e dei legati modici, che non alterano la sostanza della disposizione. L'instituente non è privato del dritto di obbedire ad un sentimento di riconoscenza, di pietà, e di affezione. Per lo che Dumoulin diceva molto bene: *Non impeditur quaedam particularia legare, manente institutione in sua quota* (6). Il nostro articolo riconosce questo dritto, e lo formola per modo da evitare gli equivoci. Lo instituente non può disporre per donazione o per testamento, che di somme modiche a titolo di ricompensa, di legati pii ed altrimenti (7).

2351. Però il testatore potrebbe riserbarsi il dritto di disporre a titolo gratuito di una cosa compresa nell'instituzione (art. 1086) a condizione, che se morisse senza avere usato di questo dritto, l'instituito profitterebbe di questa cosa (8). Questa riserva conferma essa stessa il dritto del quale parliamo; la necessità d'inserirlo nella istituzione per attribuire al disponente una certa libertà di donare prova, che senza di questa precauzione sarebbe incatenato per lo intiero, e che non è libero pel dippiù delle cose riserbate. Del resto questa riserva non gl'impedisce di profittare del dritto comune per disporre di cose modiche (9).

Osserviamo qui, poter avvenire, che nel fare questa riserva il disponente regola la sorte della somma così riserbata pel caso, in cui non ne disporrà A chi ritornerà in tal caso? all'erede contrattuale o all'erede del sangue?

Questo punto è regolato dall'articolo 1086 a favore dell'erede contrattuale (10). Ed anche in questo senso l'era stato dell'art. 18 dell'ordinanza del 1731. Ma non è senza interesse di istruirsi della giurisprudenza, che aveva preceduto questa ordinanza.

I coniugi de Chastelus nel maritare la loro figlia, la istituirono loro erede, riserbandosi la disposizione di 20,000 lire. Eglino morirono senza avere disposto di questa somma. Gli eredi *ab intestato* dicevano, che la somma essendo stata eccettuata dalla instituzione, non apparteneva all'erede contrattuale; che per la forza della legge doveva ritornare a loro; che tal era la disposizione dell'art. 243 della consuetudine del Borbonese e dell'art. 112 della consuetudine di Sedan.

Nulladimeno l'arresto del Parlamento di Parigi de' 2 di aprile 1628 non fu loro favorevole (11). Oltre le circostanze particolari della causa, si considerò, che la riserva non impedisce, che la cosa sia nell'instituzione. Solamente l'instituente vuole sfuggire dalla legge, che gli vieta di disporne, ed è questo lo scopo della clausola di riserva; egli non intende di limitare l'instituzione, ma vuole solo limitare

(1) De Laurière, su Loisel, 2, 4, 10.
(2) *Institut. contratt.*, cap. 1, n. 3. Borbonese, art. 320.
(3) Tolosa, 18 gennaro 1820. (Devill., 6, 2, 188. *Palazzo*, t. XV, p. 712).
(4) L'annotatore di Grenier, n. 412, nota (a). Duranton, t. IX, n. 713.
(5) Cassazione, 13 gennajo 1818. Devill., 5, 1, 400. Grenier, n. 413. Merlin, Rep., v° *Instit. contratt.*, § 8, n. 6. *Sopra*, n.i 1193 e seg.
(6) Sull'art. 222 della consuet. del Borbonese. *Aggiungi* sull'art. 31, cap. 14 della consuet. d'Avergne.
(7) Riom, 4 agosto 1820. (Devill., 6, 2, 301. *Palazzo*, t. XVI, p. 93). Cassazione, cam. civ., 23 febbrajo 1818. (Devill., 5, 1, 436. *Palazzo*, t. XIV, p. 660). Riom, 4 maggio 1819 (Devill., 6, 2, 64. *Palazzo*, t. XV, p. 252); trattavasi di una donazione occulta. Lebrun, *Success.*, lib. 3, cap. 2, n.18. Brodeau su Louët, lett. S, somm. 9, n. 5. Furgole, sull'art. 13 dell'ordin. del 1731. De Laurière, cap. 7, n. 59, e cap. 14, n. 7. Grenier, *loc. cit.*, Coin-Delisle, n.i 9 e seg. sull'art. 1083.
(8) Articoli 948, 949 del C. Nap. Brodeau su Louët, *loc. cit. infra*, n. 2457.
(9) Riom, 15 nov. 1819. (Devill., 6, 2, 150. *Palazzo*, t. XV, p. 55). *Infra*, n. 2461.
(10) *Infra*, n.i 2451 e seg.
(11) De Laurière, cap. 4, n. 168, V. art. 1036, Codice Napoleone.

l'interdizione, che si è fatta a sè stesso di disporre del suo bene a titolo gratuito (1). Non bisogna confondere la riserva fatta in una donazione, di cui parlano unicamente le consuetudini Borbonese e di Sedan, con la riserva fatta in una instituzione (2). La prima esclude la cosa dalla donazione, senza di che si donerebbe, e si riterrebbe, il che non si può. La seconda non esclude la cosa dalla instituzione, ma la sottopone alla libera disposizione del disponente; il che può farsi ne' contratti di matrimonio (3).

2352. L'uso della clausola di riserba può prestarsi a degli equi temperamenti. Pietro stipula, poter egli disporre a titolo gratuito della tale tenuta: perchè non potrebb'egli disporre, invece di questa proprietà, di un'altra tenuta del medesimo valore, e che meglio adempie al suo scopo (4)? Quale interesse avrebbe l'instituente a criticare questa sostituzione senza importanza di una cosa ad un'altra? Il che risulta dalla giurisprudenza della corte di Cassazione, che ha giudicato in questo senso la seguente specie. Un padre si era riserbato il dritto di disporre a favore di sua moglie dell'usufrutto della metà de'beni, che donava a'suoi figli mercè una instituzione contrattuale. Più tardi credè di dovere modificare questa riserva, e col testamento legò a sua moglie il dritto di scegliere tra quest'usufrutto ed una rendita vitalizia equivalente di 1500 franchi. La Camera dei ricorsi nel rigettare il ricorso, prodotto contra un arresto della corte di Riom de' 3 giugno 1844, decise, tale legato non avere oltrepassato i poteri del padre di famiglia, e che il coniuge aveva potuto preferire la rendita di 1500 franchi all'usufrutto (5).

2353. La rinunzia ad una prescrizione, essendo un'alienazione a titolo gratuito, si domanda quello che dovrebb'essere deciso nel caso, in cui l'instituente rinunziasse ad una prescrizione acquistata. L'istituito potrebbe attaccare questa rinunzia?

Bisogna distinguere, come abbiamo fatto nel nostro *Comentario della prescrizione* (6): Se l'instituente con la sua rinunzia non fa altro, che obbedire ad uno scrupolo di coscienza, che l'astringe a riconoscere il suo debito, questa rinunsia des' essere rispettata, imperocchè la sua generosità verso l'instituito non lo dispensa di esser onesto verso de' suoi creditori (7). Ma se l'instituente rinunzia ad una prescrizione acquistata con titolo e buona fede, è questo un atto gratuito, per il quale non ha potuto torre al suo erede instituito una speranza della sua eredità.

2354. In quanto agli atti a titolo oneroso, come ipoteche, stabilimento di servitù (8) ec. l'erede istituito deve rispettarli, tranne che non siano il prodotto di un concerto doloso per frodare l'instituzione.

L'instituito dovrebbe pure arrestarsi dinanzi una vendita con peso di rendita vitalizia fatta di buona fede, la quale è un'alienazione così solida come una vendita fatta, mercè un prezzo pagato una sola volta (9).

Da ciò si scorge, che se l'instituito ha un titolo irrevocabile, il suo emolumento è variabile, nè può essere conosciuto, che in morte del disponente; egli diviene anzi proprietario solo a cominciare da questo momento (10), comechè prima non ha che una espettativa, presso a poco simile, *servatis servandis*, a quella dell'erede in linea diretta.

2355. Ma l'erede in linea diretta non potrebbe alienare il suo dritto primachè non fosse aperto. Egli non può nè venderlo, nè rinunziarsi. Non è forse diversamente dell'instituito contrattuale (11)?

Lo si è sostenuto di una maniera generale malgrado l'art. 1130 del codice Napoleone (12). Nulladimeno credo, che bisogna fare delle distinzioni per non smarrirsi. E dapprima si crede forse, che l'instituito possa vendere o cedere il dritto, che gli conferisce l'instituzione contrattuale, sinchè la successione non si è aperta? Si crede forse, che una liberalità, ch'è stata fatta soltanto in considerazione del di lui matrimonio e pel vantaggio della sua famiglia, possa sotto gli occhi del donante ed in disprezzo della sua instituzione essere distornata dalla sua destinazione e messa in commercio? Non è forse questo il caso preveduto dall'articolo 1130 (13)? Del resto che cosa potrebbero dire il venditore e l'acquirente della futura eredità, se il disponente nel suo scontentamento alienasse tutto l'emolumento della sua successione per non lasciare in tempo della sua morte, che una eredità senza valore? Avrebbero eglino il dritto di rimproverargli queste misure dettate

(1) De Laurière, cap. 4, n. 178.
(2) *Infra*, n.i 2457 e seg.
(3) De Laurière, cap. 4, n. 184, 185.
(4) Vedete un esempio di questa conversione nella specie di un arresto della Corte Imperiale di Riom de' 27 fabbrajo 1824 (Devill., 8, 1, 242); la causa non versava su questo punto, che non sembra di essere stato contestato.
(5) Ricors., 25 marzo 1845. (Devill., 47, 1, 120. *Palazzo*, 1848, t. 1, p. 597).
(6) T. 1, n. 105.
(7) Cassaz., 26 marzo 1845. (Devill., 47, 1, 120).
(8) Ricorsi, 20 dec. 1825. (Devill., 8, 1, 242. *Palazzo*, t. XIX, p. 1054).
(9) Riom. 4 decembre 1810. (Devill., 3, 2, 365. *Palazzo*, t. VIII, p. 678). Cass. ricor. 15 novembre 1836. (Devill. 36, 1, 306. *Palazzo*, 1837, t. 1, p. 17).
(10) Jaubert, Rapport. al Tribunato. Locré, t. XI, p. 484. Fenet, IX, p. 620.
(11) V. *infra*, n. 2431.
(12) Zachariae. t. V, p. 521, 522.
(13) Toullier, t. XII, n. 16. Duranton, t. VI, n. 49. Riom, 30 aprile 1811. (Devill., 3, 2, 481. *Palazzo*, 9, 291). V. *infra*, n. 2431, la nostra osservazione su quest'arresto.

Digitized by Google

da una giusta irritazione, essi, che ve l'hanno eccitato col loro trafico su di una cosa, ch'egli aveva donato con differenti vedute?

Bisogna dunque dire, che pendente la vita dell'instituente, l'instituito non può dipartirsi dall'instituzione; questo punto era costante nel dritto antico, e Chabrol l'ha dimostrato con molta forza ed aggiustatezza (1).

Vi è dippiù; ed è stato giudicato sotto il codice Napoleone, che l'instituito non può convenire con l'istituente, che rinunzi all' instituzione contrattuale mercè l'attribuzione attuale e per appalto di un oggetto determinato (2). Noi ritroviamo qui l'art. 1130 del codice Napoleone (a). L'instituito, che ha consentito a questo appalto, può dopo la morte dell'instituente attaccare egli stesso un atto, che gli reca pregiudizio, ed è egli ammessibile, ed ha dritto di prevalersi di una nullità pronunziata a chiare note dall'art. 1130 (3).

Da ciò risulta, che se l'instituente dona al di là de'limiti autorizzati dall'art. 1083 taluno dai beni compresi nella istituzione, l'approvazione data a quest'alienazione a titolo gratuito dall'instituito prima dell'apertura della successione non potrebbe produrre effetto. Dapoichè egli rinunzia con ciò ad un dritto dipendente da una successione futura, e nol può giusta l'art. 1430 del codice Napoleone. Su di che si può vedere la conforme dottrina di Chabrol (4), la quale si fortifica con questa massima di Dumoulin: « *Consensus haeredis, vivo testatore,* « *videtur extortus, et non valet* (5) » a con molti arresti riferiti da Ricord (6) e Lebrun (7). Nè bisogna vedere nulla di contrario in un arresto della corte di Parigi de'3 di luglio 1821, mal interpretato da certe raccolte (8). Basta leggere la specie di questa decisione per essere convinto, essere stata dessa determinata dalle circostanze particolari della causa Era un padre, che nel momento del matrimonio aveva dotato le figlie, che sua moglie aveva avuta da un primo matrimonio, co' beni compresi in una instituzione contrattuale, che aveva fatto alla loro madre, e quest' aveva approvato tali donazioni, intervenendo nel contratto di matrimonio delle figlie, e dichiarando di confermare in quanto è di bisogno le dette donazioni, e consentire, che avessero il loro pieno ed intiero effetto.

Dopo la morte di suo marito, e mentr'essa persistera nel suo pio pensiero, come risulta dalle scritture del processo, che ho preso cura di verificare su' registri della Corte Imperiale, i suoi creditori pretesero di fare annullare il di lei acquiescimento e la rinunzia, che ne risultava sotto pretesto, che tutti questi atti erano stati fatti prima dell'apertura della successione dell'instituente; ma non si accorgevano, che dopo la morte di quest'ultimo, la madre non era cambiata di avviso, e che per lo contrario ratificava con maggior forza delle combinazioni, che assicuravano la sorte de' suoi figli. Il suo consenso aveva dunque una virtù legale, che la metteva al di sopra di questi attacchi interessati (9).

Del resto vi era in questo affare una circostanza, sulla quale una reminiscenza dell'antica giurisprudenza mi fa insistere. Ed è, come risulta dai fatti costanti nel processo e constatati dalle narrative, che la rinunzia, di cui si tratta, era stata fatta nel contratto di matrimonio delle figlie. Ora io veggo in Chabrol, che sovente avveniva nell' Auvergne che il figlio, instituito erede col suo contratto di matrimonio, associava alla sua instituzione suo fratello, quando questi si maritava. Ma non vi sarebbero delle buone ragioni per introdurre questo uso nella pratica del codice Napoleone.

Di già gli arresti lo condannavano anche nel dritto antico, e Chabrol cita una sentenza del Siniscalcato di Auvergna del mese di agosto 1777, che annullò la clausola, con la quale un fratello aveva associato nel beneficio della sua

(1) Chabrol su Auvergne. cap. 14, art. 26, sez. 7.

(2) Cassaz. (cam. civile), 16 agosto 1841. Devill., 41, 1, 684. *Palazzo*, 1841, t. II, p. 614).

(a) Leggi civili art. 1084. *Il trad.*

(3) Cassaz. (cam. civ.) 16 agosto 1841 precitato.

(4) *Loc. cit.*

(5) Su Auvergne, t. XII, art. 53.

(6) *Donat.*, 1, n. 774.

(7) Lib. 3, cap. 2. e. 28.

(8) La raccolta del sig. Devilleneuve non riporta i fatti, omessione dispiacevole, e che toglie all'arresto la sua vera fisonomia; 6, 2, 429.

(9) Ecco il testo di questa decisione. Fareme rilevare per la sana intelligenza del primo considerando, che l'arresto, di cui si tratta, è stato renduto su dagli atti anteriori al codice Napoleone, perchè il contratto di matrimonio dell'instituente è dell'anno 7. Se fosse stato altrimenti, la corte di Parigi non avrebbe stabilita la dottrina, sulla quale si poggia in questa prima parte del suo arresto: dottrina ammessibile a certi riguardi sotto l'antico dritto, ma troppo larga, se si pona di rincontro al codice Napoleone.

LA CORTE : — Attesochè una instituzione contrattuale non vieta al disponente di disporre, anche gratuitamente a titolo particolare e senza frode e senza pregiudizio de'dritti dell' instituito; che Desuanets non ha frodata nè pregiudicato sua moglie, instituita da lui sua erede, dotando le sue figlia; che per lo contrario ha dovuto pensare, ch'egli entrava pienamente nella di lei vedute, nè potava farlo nulla di più gradito; che inoltre essa sola potava dolersene, e ch'essa invece ha espressamente dichiarato di approvare le donazioni fatte alle suo figlie, rinunziando a tal riguardo in quanto è di bisogno al dritto eventuale, che le conferiva l'instituzione di erede; che d'altronde non essendo di nulla impossessata, i di lei creditori, come esercenti i di lei dritti, non hanno potuto criticare questa rinunzia, e che ora, che l'instituente è trapassato, non possono dirigersi, che su' beni, ch'egli ha lasciato nella sua successione. — A dippiù adottando i motivi da' primi giudici; — Annulla l'appello. (*Palazzo*, t. XVI, p. 721).

instituzione contrattuale l'altro suo fratello, che si maritava (1). Ma sotto il codice Napoleone la quistione diviene anche più chiara per l'art. 791 (a) che vieta anche nei contratti di matrimonio di rinunziare alla successione di un uomo vivente, o di alienare i dritti eventuali, che si possono avere su questa successione. Si può bene in una instituzione contrattuale patteggiare sulla sua propria successione, ma non è permesso di disporre in un tale atto della successione di una terza persona vivente. Il che è stato molto bene stabilito da un arresto della corte di Tolosa dei 14 di aprile 1842, benchè tocchi la quistione solamente in una maniera episodica ed incidente (2).

D'altronde si può fortificare il testo dell'articolo 791 del codice Napoleone con delle ragioni, che colpiscono. Quando la terza persona, la cui successione è in giuoco, non interviene nel patto, è evidente, che è un fargli ingiuria di speculare così sull'avvenimento della sua morte o su delle cose, che gli appartengono (3). Che se per il contrario v'interviene, è da temere un inconveniente di un altro genere. Ed in effetti è possibile, che essa si penta della sua liberalità, e che usi della sua autorità per costringere il donatario instituito a dividere questa liberalità con un'altra persona, divenuta l'obbietto di novelle affezioni. Il che sovente si è veduto nelle famiglie, e di là sorgono delle cause di divisioni e delle dispiacevoli instabilità negli atti matrimoniali. Supponiamo, che Primo abbia instituito Secondo, suo figlio primogenito, suo erede contrattuale per precapienza ed antepart; egli vede, che suo figlio, non ha, che una figlia, ed ottiene da lui con le sue insistenze, che dividerà la sua instituzione contrattuale con Terzo, suo figlio cadetto, che si marita, sperando, che questo matrimonio potrà far nascere dei maschi, che ne sosterranno il nome.

Secondo non ha agito liberamente, ed egli ha ceduto alla volontà di suo padre, *ne pejus faceret*. Quanto la legge non sarebbe imprevidente, se lasciasse i contratti di matrimonio soggetti a tali instabilità e la sorte delle famiglie abbandonata a tali cambiamenti di affezione (4)?

2356. Circa la rinunzia dell'instituito, che ha luogo dopo la morte del disponente, essa è valida, e non le si potrebbe opporre l'accettazione, che ha fatto, della futura successione nel suo contratto di matrimonio. Questa accettazione non toglie il dritto di rinunziare ulteriormente alla successione, perchè essa non è l'accettazione della successione, ma solamente l'accettazione del titolo che rende atto a succedere. Nel fare un erede, come la legge, la instituzione mette questo erede nel dritto comune. Ora ogni erede, che non si è immischiato, ha il dritto di ripudiare. Il che stabiliva espressamente in favore dell'erede contrattuale l'art. 223 della consuetudine del Borbonese. La ragione lo proclamerebbe, quando anche questo articolo non lo decidesse. Ma osservate, che se l'instituito contrattuale avesse accettata la successione dopo la morte dell'instituente, non gli sarebbe più permesso di rinunziare in seguito. È il caso della massima *semel haeres semper haeres* (5).

Quando la rinunzia dell'instituito contrattuale interviene dopo la morte del disponente *rebus integris*, se quest'ultimo ha legata la quota disponibile ad un legatario ulteriore, a costui giova la rinunzia dell'instituito, che gli faceva ostacolo: Non si potrebbe applicare qui l'art. 788 del codice Napoleone (b), secondo il quale la rinunzia di un erede profitta a' suoi coeredi (6). La volontà del defunto è la legge sovrana, e bisogna ordinare le cose in maniera, che le sue formali disposizioni abbiano il loro effetto. Basta, che le riserve e le legittime restino intatte, perchè quando sono intiere, i riservatarii non possano dolersi di vedersi sfuggire un dippiù per la volontà del loro autore (7).

2357. Poichè l'instituzione contrattuale è un dono della successione futura del disponente, ne siegue, che l'instituito deve sopravvivere al disponente; senza di che la disposizione sarebbe caduca giusta i principii generali. (Art. 1089 (8) (c)).

Nonpertanto se l'instituito contrattuale premorto lascia de' figli, si suppone sempre, che questi figli sono stati chiamati in mancanza di lui, quando anche non vi fosse stipulazione relativa a ciò (9). La sostituzione volgare a favore de' figli è sempre sottintesa nella istituzione contrattuale, ch'è fatta in veduta del matrimonio e della famiglia, e che si completa nella idea, che de' figli verranno a formare la felicità degli sposi. Allora questi figli si presentano *jure suo*, ed il disponente non potrebbe fare veruna disposizione rivocatoria, che ledesse i loro dritti, perocchè egli è legato relativamente a loro del pari come lo era verso il primo

(1) Su Auvergne, cap. 14, art. 26, sez. 7.
(a) Leggi civili art. 708. *Il trad.*
(2) Devill., 42, 2, 385. *Palazzo*, 1842, t. 1, p. 741.
(3) Chabrol, *loc. cit.*
(4) *Infra*, n.i 2451 e sopratutto 2536 e seg.
(5) Cassaz., 11 gennajo 1853. (Devill., 53, 1, 70).
(b) Leggi civili art. 705. *Il trad.*
(6) Cassaz., ric., 20 decembre 1843 (Devill., 44, 1, 214). Bordeaux, 5 febbrajo 1844 (Devill., 44, 2, 345. *Palazzo*, 44, t. II, p. 489). Agen, 22 aprile 1844 (Devill., 44, 2, 391. *Palazzo*, 44, t. II, p. 409).
(7) *Sopra*, n. 2460.
(8) De Laurière, cap. 7, n. 30. *Infra*, n. 2478.
(c) Leggi civili art. 1044. *Il trad.*
(9) De Laurière, *loc. cit.*, e cap. 4, n. 139. Brodeau su Louët. Lett. S., somm. 9, n. 10. *Infra*, n. 2409. Cons. della Marche, art. 294. Auvergne, t. XIV, art. 17. Grenier, *Donaz.*, n. 405.

chiamato (1). Ed avverrebbe il contrario, sol quando il disponente si fosse riserbato il dritto di dividere ineguahnente i suoi beni tra' suoi nipoti nel caso, in cui il figlio instituito venisse a premorire.

Del resto quando si dice, essere i figli sostituiti al loro padre, s'intende solo parlare dei figli nati dal matrimonio, in di cui favore la instituzione è stata fatta, ma non vi è sostituzione a favore de' figli nati da un altro matrimonio.

Così un uomo vedovo, avendo de' figli dal suo primo letto, si rimarita, ed un amico gli fa una sostituzione contrattuale in favore di questo secondo matrimonio. L'instituito muore senza figli da quest'ultima unione prima dell'instituente. Il figlio nato del primo matrimonio non sarà riputato sostituito volgarmente (2).

Ovvero un uomo riceve da un amico una istituzione contrattuale in favore di un primo matrimonio. Divenuto vedovo senza figli, si rimarita, e premuore, lasciando figli di questo secondo matrimonio. L'instituzione fatta in veduta del primo matrimonio non si estenderà a'figli del secondo (3), perciocchè questi ultimi son estranei relativamente all'instituzione contrattuale.

La corte di Bourges ha credato, che potrebb'essere diversamente, se la istituzione emanasse da un padre a suo figlio, e perchè i suoi e nipoti, di qualsivoglia madre siano nati, sono sempre l'obbietto della sua affezione (4). Rimarchiamo, che questa corte non aveva da giudicare la quistione messa in questi termini. La sua proposizione è ben esatta? Il padre può non avere veduto con lo stesso favore i diversi matrimoni di suo figlio. E sarebb'egli giusto di estendere dall'uno all'altro caso delle liberalità eccezionali, che sono state unicamente determinate in contemplazione di una speciale precisa unione? Può forse dirsi, che nel momento dell'instituzione il padre ha pensato ad una sostituzione così contraria agli augurii del matrimonio celebrato, così lontano dalle speranze, che se ne prometteva?

2358. La istituzione contrattuale, essendo una disposizione esorbitante del dritto comune, non può esser estesa oltre i casi, pe' quali è stata introdotta. Epperò è d'uopo, che sia concepita in termini, ch'escludono l'equivoco, e che siano nettamente e chiaramente di accordo con le idee, che la legge attacca a questo genere di disposizione. Non già, che vi sia luogo qui di attenersi a delle formole sacramentali, che lo spirito del nostro dritto respingono, ma occorre una volontà formale ed indubitabile.

Nell'antica giurisprudenza si vedeva una instituzione contrattuale nella disposizione, con la quale un padre, maritando suo figlio, lo dichiarava figlio primogenito e principale erede (5). Siccome non era possibile, che un figlio così maritato potesse profittare di questa dichiarazione e riconoscimento, senza essere erede del padre o della madre, che li aveva fatti, lo si teneva per erede contrattuale nella sua porzione di primogenito ed in una quota della successione (6); e si vedeva nella sua persona una fissazione del dritto, a lui destinato dalla consuetudine (7). È vero, che questa instituzione contrattuale produceva degli effetti particolari, comechè non instituiva il figlio ae' beni, che il disponente lasciava alla sua morte, ma solamente nei beni posseduti nel tempo del matrimonio (8). Donde l' interdizione imposta da certe consuetudini al di là della Loira (9) allo instituente di alienare i beni posseduti nel giorno del matrimonio del primogenito; ovvero in Parigi e nelle consuetudini analoghe (10), più larghe verso il disponente, il divieto all'instituente di avvantaggiare sia gli altri figli, sia un estraneo in pregiudizio dell' instituzione nei beni posseduti in tempo del matrimonio. Si scorge, che questo genere d' instituzione contrattuale si appartava dal dritto comune; colpiva soltanto certi beni; assicurava unicamente al principal erede un dritto nella fortuna presente del donante, mentre l' instituzione contrattuale propriamente detta versa sulla sua successione futura. Però essa non è stata meno una instituzione contrattuale caratterizzata, quantunque parziale, perchè per massima niente vieta all' instituente di modificare la sua liberalità e di renderla più o meno piena. Essa non perde nulla del suo carattere, perchè in conseguenza di una volontà speciale si riferisce soltanto ai beni esistenti in tempo del contratto di matrimonio, anzichè riferirsi ai beni esistenti in tempo della morte (11).

Oggi il padre, che nel contratto di matrimonio di suo figlio lo dichiarasse suo erede, farebbe una instituzione contrattuale propriamente detta. Nè bisognerebbe dire, di aver egli fatta

(1) Tolosa, 3 giugno 1853 (Devill., 8, 2, 81. *Palazzo*, 19, 547).

(2) De Laurière cap. 7, n. 36.

(3) De Laurière, *loc. cit.*, n. 39. Bourges, 19 dicem. 1821 (Devill., 6, 2, 502. *Palazzo*, 16, 1028).

(4) *Loc. cit. Aggiungi.* Lebrun, citato *infra*, n. 2478.

(5) De Laurière, cap. 3, n.i 3 e seg. Consuet di Anjou, art. 245; del Meno, art. 262; di Torena, art. 252; di Loudunais, cap. 26, art. 4; di Normandia, art. 244. Loisel, lib. 2, t. IV, reg. 1.

(6) De Laurière, cap. 3, n. 12.

(7) *Id.* n. 16.

(8) *Id.* n. 20.

(9) Anjou, *loc. cit.*, ed altre precitate. Lamoignon, *arresti* dell' *Institut. contratt.*, art. 9. De Laurière, cap. 3, n. 39, p. 112.

(10) Loisel, 40, 2, t. IV, reg. 10. De Laurière, cap. 3, n. 27.

(11) De Laurière, cap. 5, n.i 2 e 15.

una semplice indicazione « una dimostrazione di dito » (1). Aveva forse egli bisogno di dire alla famiglia, alla quale si unisce: « Ecco mio « figlio; a lui la legge deferisce la mia succes« sione? ». La famiglia non lo ignora, nè egli ha nulla da apprendere do questa dichiarazione. Ma essa ha inteso ed ha dovuto intendere, che il padre assicura a suo figlio la sua parte ereditaria nella sua successione; che si obbliga conservargliela, come se morisse *ab intestato*; che egli la fissa sulla sua testa, e che fortifica il voto della legge col legame del contratto in diritto romano *heredem declarare* non significa altra cosa, che iostituire un erede (2). Dichiorare un erede, riconoscere un erede, è dunque fare una instituzione contrattuale (3); non già quella instituzione ristretta ai beni presenti, che ero la conseguenza della dichiarazione di primogenito (una tale instituzione è lontana dalle nostre abitudini e dalle nostre idee) ma una instituzione che si riferisca ai beni rimasti nella morte del donante, e che assicuri la parte ereditaria *ab intestato* senza possibile diminuzione per delle liberalità fatte in pregiudizio di questo promessa.

Bisognerebbe pure vedere una instituzione contrattuale nella disposizione contenente promessa di conservare ad uno o più figli le loro porzioni ereditarie (4).

A siffatto promessa, notata da Ricard e Da Laurière, ritorno la seguente clausola usata in Piccardia, e nella quale un padre, dopo di avere donato a suo figlio per contratto di matrimonio una rendita di 400 fr., aggiungeva: « ottenendo la sua successione, alla quale il « futuro è espressamente riserbato ». Il padre avendo fatto in seguito più legati alla sua vedova, questi legati furono annullati, perchè avendo instituito controttualmente suo figlio, non poteva diminuire questa instituzione con delle liberalità fatte ad altri (5). Come dice la corte di Amiens in un arresto de' 15 di decembre 1838, renduto in una specie presso a poco simile, la promessa di riserbare la sua successione contiene lo promessa di una parte ereditario, e mostro, che il padre ha inteso di rinunziare alla facoltà che la legge gli accordava, di disporre de' suoi beni a titolo gratuito in pregiudizio del figlio maritato con questa promessa (6).

Infine si è di accordo per iscorgere una instituzione contrattuale nella clausola conosciuta in giurisprudenza sotto il nome di promessa di uguaglianza. Ne parleremo più basso con qualche dettaglio (7).

Tutti pure riconoscono, tranne poche eccezioni (8), che la semplice promessa d'instituire un erede fatta per contratto di matrimonio, ha il medesimo effetto della stessa instituzione. Invano si direbbe, che questa promessa deve risolversi ne' danni ed interessi (9). Essendo fatta in un contratto di matrimonio per servire di fondamento allo stabilimento de' coniugi, equivale ad una instituzione (10). L'art. 1589 del cod. Napoleone (a), ci mostra, non essere nuova in dritto, che la promessa di fare una cosa abbia la medesima forza dell' obbligazione di farla. Ciò deve sopratutto aver luogo, quando la promessa è stata accettata come base dell'unione coniugale, e come dote del matrimonio.

2359. Ma non si potrebbe vedere una instituzione contrattuale in una clausola, con la quale un padre nel maritare suo figlio gli fecesse donazione di certi beni presenti, gravandolo di conferirli alla massa per essere divisi cogli altri suoi beni tra tutti i suoi figli « secondo il dritto, che vi potranno avere ». Queste ultime parole indicano altamente, il padre non avere voluto legarsi, e non avere inteso fare una instituzione contrattuale (11).

Ecco un'altra specie analoga: Un fratello donò a suo fratello, che si maritava 1,000 franchi da precapirsi nella sua successione, aggiungendo « che il donatario concorrerebbe « alla divisione di questa successione con gli « altri eredi dopo prelevamento della somma « donata ».

Il donante nel morire lasciò un legatario universale. Ma il donatario pretese, essergli stata promessa col suo contratto di matrimonio una parte ereditaria, e che il legato universale non aveva potuto pregiudicare quest'assicurazione. Venne respinto nella sua dimanda, perchè la clausola non era altro, che una semplice assicurazione di precapienza (12).

Citiamo un'ultima specie.

Chausson donò a suo nipote Anthelme Chausson con contratto di matrimonio cinque pezzetti di fond'immobili. Aggiunse con una clausola particolare, che il futuro oltre gl'immobili, che gli erano stati donati, prenderebbe nella successione del donante una porzione uguale a quella de' suoi fratelli e sorelle, altri nipoti del disponente. Più tardi Chausson

(1) De Laurière, *loc. cit.*, n.i 5, 8, 9; e cap. 3, n 39.
(2) L. 15 e 19, *C. de test.*
(3) De Laurière, cap. 3, n.i 29,36.
(4) De Laurière, *loc. cit.*, cap. 5, n. 17.
(5) Cassaz., ricorsi, 8 dicem., 1837. (Devill., 38, 1, 476). Rigetto del ricorso contra un arresto d' Amiens.
(6) 15 dicembre 1838 (Devill., 39, 2, 204).
(7) N. 2376.
(8) De Laurière, cap. 4, n. 23.
(9) *Id*, *ibid.*
(10) Merlin, Repert., v° *Institut. contratt.*, § 6, n. 1.
(a) Leggi civili art. 1434. *Il trad.*
(11) Cassaz. ricorsi, 13 giugno 1814. (Devill., 4, 1, 511. *Palazzo*, 12, 31).
(12) Cassaz., ricors., 19 novembre 1834 (Devill., 35, 1, 445. *Palazzo*, 26, 1031).

Digitized by Google

mori,lasciando ee testamento,col quale istituiva suoi legatari nniversali due fratelli Anthelme.

Anthelme ha preteso, che il suo contratto di matrimonio portava io suo favore una istituzione coetrattuale, ohe impediva al testatore di disporre olteriormente a titolo gratuito. I legatari hanno sostenuto per lo contrario, che il coatratto di matrimonio del loro fratello noe aveva per obbietto e per iscopo, che i cinque pezzetti; che pel dippiù Chausson non aveva avuto il pensiero di fara un'instituziane coetrattuale; che la sua uaica preoccupazione era stata di dichiarare, che eel venire alla divisione co'suoi fratelli e sorelle, Anthelme Chaussoe riterrebbe per aeteparte oltre la sua parte virile i ciaque pezzetti a lui doeati; che de ciò eon risultava veruno spossessamento più esteso relativamente a quello, ch' eccedeva i oioque pezzetti.

Quest'ultimo sisteme è stato eccolto dalla corte di Lione coa arresto degli 8 di decembre 1841, confermeto cao arresto della Camera de'ricorsi da'3 di gennajo 1843 (1). Quest'ultimo arresto rileva, che la clausola poteva seoza dubbio prestarsi ad uaa instituzione contrattnale, ma ohe si poteva pure considerarla, come preseetando soltanto uee maniere più positiva di spiegare, che verificandosi il caso della divisiooe, il donante intendeva, che le donazione de'cieque pezzetti non fosse soggetta a veruna collazione; che non appena vi era del dubbio sul senso e carattere di queste disposizioni, la corte aveva potuto interpretarlo nel senso più caaforme alla presueta ieleezione delle parti.

2360. Noa basta, che il disponeete voglia fare une iestituzione contrattuale, ma bisogna inoltre, che ne osservi le condizioni constitutive,e per conseguenza bisogna, 1.° che la sua liberalità sia fatta a favare di noa persoaa,che va a contrarre matrimonio e nello scopo di favorire questo matrimonio, di talchè se il matrimonio non avesse luogo,la disposizione eoe sussisterebbe più;

2.° Che la liberalità si dirige nd une persona capace; il perchè eoo sarebbe valida, se fosse fatte direttemeote a' figli da nascere dal matrimoeio. L'art. 1082 di accordo coe l'articolo 1081 (2) non adotta il sistema dell'ordinaaza del 1731 (art. 17) che permetteva di fare delle instituzioni coetrettuali a favore de'figli da eascere, passando sulla testa de' futuri sposi. I figli eon passooo essere chiamati, che come sastituiti volgarmeele a' loro autori, do eatari necessari in primo ordine (3).

3.° Infine bisogna, che l'instituzioae contrattuala sia fatta col contratto di matrimonio (4), oppure prima del matrimonio coe un atto seperato, ma obe si riferisca al contratto di matrimonio,e sia riputato di farne parte (5). Noi diciamo: e sia riputato di farne parte; da poichè se quest'atto separato non fosse ua annesso del caatratto di matrimoaio; se non fosse, che una semplice donazinne ordinaria, l'instituzione contrattuala sarebbe uulla. Ed io effetti altra cosa è une donaz one per contratto di matrimoaio,ed altra una donazione in favore del matrimonio. Una instituzioae contrattuale vale soltanto per contratto di matrimonio (6).

Da che siegue, che se l'instituzioae contrattuale è fatta posteriormente al matrimonio, è nulla (7) Il presidente Fabro attesta questo puoto del nostro dritto francese, dandone la ragione decisiva (8): « *Ubi matrimonium contractum est, nullus potest recipere pactiones, quae legibus prohibeantur,nec si quis velit in eam rem matrimonii favorem obtendere; quia non potest dici contrahentes aliter non fuisse contracturos, qui jam contraxerunt; quare nec, si ponas initiis interveniste jusjurandum in contractu facto post initum matrimonium, valebit tamen pactio apud Gallos, sive sit facta de succedendo, sive de non succedendo, quia extra dotales tabulas habent pro vero et inviolabili hereditatem pacto darinon posse* ».

Per verità il dritto romano autorizzava a fare dei patti matrimaniali posteriormente al matrimonio. Ma questa regola,da lungo tempo abrogata ie tutta la Fraacia (9), è stata anche più rigettata dal codice Napoleone, che vuole, che tutte le stipulazioni matrimoniali precedano il matrimonio.

2361. Poichè l'instituzione contrattuale non può essere fatta, ohe a favore di una persona, che va a contrarre matrimonio, si domanda,se la clausola di assaciazione, comunissime nello antico dritto francese, è o eo abrogata sotto il codice Napoleone (10).

Questa clausola di associazione consisteva in questo, che il danante, instituecda la persoua da meritarsi, la incaricava di associare i suoi fratelli e sorella per una certa quota. Codesta associazione era un peso dalla instituzione,

(1) Devill., 43, 1, 329.
(2) Borbonese, art. 219. Auvergue, cap. 14, art. 26. Lamoignon, t. XXXIX, art. 2.
(3) *Infra*, n.i 2370, 2440.
(4) *Sopra*, n. 2341.
(5) Fuegole, sull'art. 13 dell'ordin. del 1731 (t. V, p. 102). Zachariae, t. V, p. 506. Merlin Repert., v° *Institut. contratt.*, § 3, n. 1. Taulier, t. V, n. 340. *Infra*, 2470.
(6) Nimes, 8 gennaio 1830. (Devill., 30, 2, 91.) *Infra*, n. 3470.
(7) Art. 1394, 1395, C. Nap.; (*)
(8) *De errorib. Pragmat.*, Decad. 28, err. 6, n. 11.
(9) Fabbro, *loc. cit.*, il mio *Comentario del contratto di matrimonio* n.i 171 e seg. Voët, *ad Pand. de pact. dotal*, n. 4.
(10) *Sopra*, n. 155.

(*) Art. 1348 e 1349 delle leggi civili. *Il trad.*

Digitized by Google

faceva fedecommesso; veniva considerata come una sostituzione fedecommessaria, della quale l'instituente gravava l'instituito (1), e si fondava per tal riguardo sulla l. 19. §. 1. del Dig. *ad S. C. Treb*, ove si pone nella classe delle sostituzioni fedecommessarie la disposizione seguente: « *Te rogo, Luci Titi, ut haereditatem meam eum Attio partiaris* ».

Questa sostituzione era autorizzata dalla legge, perocchè comunque fosse vietato d'instituire contrattualmente qualcuno, che non si maritava, nulladimeno si sa, che in diritto spesso è permesso di fare indirettamente quello, che non si può fare direttamente (2). Creare in una instituzione contrattuale un fedecommesso a favore di un terzo, non è instituire un terzo contrattualmente, ma è solamente imporre all'instituzione un peso, che la modifica. Epperò Hearys insegna, che dopo di essersi fatta una instituzione contrattuale, si poteva sostituire al futuro coniuge i suoi figli da nascere da un altro matrimonio o degli estranei (3). La ragione si è, secondo Furgole (4), che la sostituzione non è, che un accessorio dell'instituzione, e che se il principale è buono, gli accessori sono validi. Aggiungiamo, che taluni autori, e particolarmente Lebrun (5) e Furgole (6) insegnavano, che questa sostituzione a favore di un terzo assente poteva essere rivocata. Ma ciocchè questi autori a tal riguardo avevano scritto era anteriore all'ordinanza del 1747 sulle sostituzioni, la quale aveva fatto una rimarchevole innovazione, disponendo che ogni sostituzione apposta ad una instituzione contrattuale, sarebbe irrevocabile.

Che se ora si esamina. se la clausola di associazione è proscritta dal codice Napoleone, si trova una contrarietà di pareri tra gli autori. Il sig. Merlin pensa, questa clausola essere lecita (7). Ma in generale gli autori la condannano (8), e ciò fa pure un arresto della corte di Bourges de' 19 dicembre 1821 (9).

Il signor Merlin si fonda su questo ragione, cioè che i semplici fedecommessi, che non importano decorrimento di tempo sino alla morte del gravato, e che non formano un novello ordine di successione, sono autorizzati dalla disposizione dell'articolo 1121 dello stesso codice (10) (a); che la clausola di associazione non importa decorrimento di tempo sin alla morte del gravato; che è un fedecommesso, che rientra nella disposizione dell'art. 1121; peso o fedecommesso, di cui le istituzioni contrattuali sono suscettibili, come già si è detto giusta la antica giurisprudenza, perchè nulla vieta di modificarle con dei pesi.

Il signor Merlin aggiunge, che si avrebbe torto di credere, che il disponente abbia voluto fare una instituzione contrattuale a favore degli associati, perocchè ha inteso solo di fare una donazione a causa di morte.

Ma noi non dimandiamo dippiù per separarci dall'opinione del signor Merlin. Se questa donazione a causa di morte, di cui egli parla, potesse comprendersi nella categoria delle donazioni pure o dei legati puri, non vi sarebbe nulla da dire contra della sua proposizione, ma essa non è altra cosa, che una disposizione a causa di morte per contratto irrevocabile; essa non è, nè una donazione di cose presenti, nè una liberalità testamentaria rivocabile. Essa è un composto di donazione e di testamento, che il codice autorizza soltanto a favore della persone, che vanno a maritarsi in vista del loro matrimonio.

2362. Ma l'associazione essendo dichiarata nulla, quale sarà la sorte delle parti colpite dalla nullità? Ritorneranno esse a favore dell'instituito principale? Rientreranno nella successione *ab intestato* del disponente? Secondo lo art. 900 del codice Napoleone (b) la quistione sembra decisa a favore dell'instituito; oltre la risolvono a favore dell'erede legittimo (11). Nulladimeno noi vorremmo, che si consultasse l'intenzione del donante, perchè è piuttosto qui una quistione di volontà, che un caso preciso di applicazione dell'art. 900 (12).

2363. Si è agitata la quistione di sapere, se

(1) Bergier, su Ricard, *Delle sostit.* cap. 8, *in fine*, o cap. 6, o. 288. Chabrol, su Auvergne, t. II, p. 336.

(2) Si ha una pruova di questo nel legato della cosa altrui. Non si può, come ciascuno sa, legare direttamente la cos' altrui, ma niuno nega, che si possa farlo sotto forma di peso o di condizione

Un' altra pruova si è, che non si può donare direttamente se non per donazione o per testamento Nonpertanto secondo l'art. 1121 del Codice Napoleone(*) si può donare indirettamente a qualcuno in forma di peso anche in un atto sotto firma privata.

(3) Henrys, lib. 6, cap 5. *quist.*, 23.

(4) Sull' art. 13 dell' Ordinanza del 1731. V. anche la 5ª *quistione*, t. VI, p. 43, n. 64.

(5) *Success.*, lib. 3, cap. 2, n. 13.

(6) 5ª *quistione, loc. cit.*

(7) Repert., vº *Instit. contract.*, § 5, n. 9.

(8) Grenier, n. 423 ed il suo annotatore Duranton, t. IX, n. 694 Zachariae, t. V, p. 502.

(9) Devill., 6, 2, 505. *Giornale del Palazzo*, 1821, t. XVI, p 1028.

(10) *Supra*, n. 102.

(a) Leggi civili, art. 1076. *Il trad.*

(b) Leggi civili art. 816. *Il trad.*

(11) Bourges, 19 dicembre 1821. (Devill., 6. 2, 502. *Palazzo*, 16, 1028). Ma quest' arresto non discute la quistione, e tocca pure delle ragioni, che vanno in senso contrario della sua decisione. Perocchè dice in uno de' suoi considerandi, essere la clausola di associazione nulla o riputata non scritta. S' è riputata non scritta, perchè la Corte non applica l'art. 900?

(12) Il sig. Coin Delisle (n. 59 su 1082) si esprime così sulla quistione: « Quantunque la clausola di associazione si presenti sotto la forma di una condizione « o di un peso imposto all'instituzione, niente vieta, che « il giudice non penetri nella intenzione delle parti, e « non aggiudichi il tutto al donatario principale, se riconosce, essere stata la intenzione dominante di tutto

(*) 1073 delle leggi civili. *Il trad.*

il diritto di accrescimento ha luogo in materia d' instituzione contrattuale (1). Ma non vi sono delle buone ragioni per pensare, che non si debba ammetterlo. L' instituzione contrattuale non è, che un testamento irrevocabile; essa non dispone, che della successione, per lo che le si debbono applicare le regole dei testamenti sull' accrescimento. Invano si obbietterebbe, che le instituzioni contrattuali tengono della natura delle donazioni per l' accettazione, che ne è fatta per mezzo del matrimonio, perciocchè è facile di vedere, che questa accettazione non impossessa per nulla il donatario come nelle donazioni tra vivi (2).

Supponiamo dunque, che un padre, che ha tre figli, ne mariti due, e che li instituisca con lo stesso contratto di matrimonio eredi di due terzi dei suoi beni. Il primogenito di questi due garzoni muore senza figli prima di suo padre; il padre muore dopo; la porzione di questo primogenito apparterrà al secondo garzone instituito, e non al terzo *ab intestato*. Il primo ed il secondo sono congiunti e coeredi; eglino succedono *eodem jure* come instituiti nel medesimo contratto di matrimonio. Il terzo non succede, che *ab intestato*, e per conseguenza *diverso jure* (3).

2364. Abbiamo veduto pel testo dell' articolo 1082, che l' instituente può donare all' instituito tutti o parte dei beni, che lascerà alla sua morte. Da che siegue, essere l' instituzione contrattuale talvolta a titolo universale. Nè questo è tutto; e siccome chi puole il più, puole il meno, bisogna dire, che l' instituente è padrone con più forte ragione di fare con la sua instituzione contrattuale, un semplice legato particolare; oltrechè l' instituzione contrattuale non essendo, che un testamento per contratto, si presta alle medesime varietà dello stesso testamento. L' instituente fa con questa testamento eccezionale sui beni della sua successione tutto quello, che la sua volontà potrebbe fare con un testamento ordinario. Così per esempio potrà instituire il futuro in 150, 000 franchi da prendersi nella sua successione (4), o in 700, 000 franchi, che saranno esigibili dopo della sua morte (5). È questa una instituzione parziale o a titolo particolare, di cui nulla potrebbe scuotere la forza e l' autorità, soprattutto se si è penetrato dei termini del nostro articolo.

2365. Questa distinzione tra l' instituzione universale, l' instituzione a titolo universale, e l' instituzione a titolo particolare, serve a risolvere la quistione come e quando l' instituito è tenuto de' debiti. L' instituito non essendo, che un legatario, misurerà la sua obbligazione su quella del legatario, in cui situazione varia secondo l' estensione del titolo, che lo instituisce. Si può ricorrere a quello, che a tal riguardo abbiamo detto più sopra (6).

Supponiamo una instituzione contrattuale universale fatta da un individuo, che non abbia erede riservatario. È questo un titolo universale, che trasferisce l' eredità, e l' erede futuro dev' essere tenuto *ultra vires*, quando non usa del benefizio dell' inventario (7).

Ed in effetti questo istituito è tanto erede, quanto colui, che succede per la natura e per la legge. D' altronde come sarebbe possibile, ch' egli pagasse i debiti, solo in proporzione di quello, che riceve, mentre non ha un inventario da opporre a' creditori, che lo convengono?

Egli è tenuto anche de' debiti posteriori all' istituzione, perocchè l' instituzione contrattuale ha in vista l' epoca della morte del disponente. Essa agisce qui come testamento. È vero, ch' è irrevocabile, ma solamente per impedire all' instituente di fare un altro erede; essa ha la stesso effetto del testamento.

2366. Abbiamo paragonato l' instituito contrattuale al legatario. Nel dritto consuetudinario pareva che si andasse un poco più lontano, dapoichè lo teneva per un vero erede, simile all' erede della legge ed impossessato come quest' ultimo, anche contro l' erede del sangue; l' instituzione contrattuale si mostrava come una derogazione dell' art. 318 della Consuetudine di Parigi, che conteneva: « la morte impossessa il « vivo, suo erede più prossimo ed abile a succedergli » E benchè secondo quest' art. niun erede testamentario era dispensato dall' obbligazione di dimandare il rilascio all' erede *ab intestato* (8), si faceva all' erede istituito il favore di considerarlo come impossessato in virtù del suo titolo, tenuto per così sacro co-

« donargli, e che il peso colla in se stesso, non sarebbe « stato, che una condizione, il cui non avveramento do« veva profittare all' instituito; al contrario se riconosce, che per errore di dritto o per l' insufficienza della « redazione, si sia fatta sotto una forma condizionale « una vera disposizione, il giudice non permetterà, che « l' instituito profitti di quello, che l' instituente non a« vrà voluto dargli ».

(1) De Laurière, *Instit. cont.*, cap. 4. n. 142.

(2) Dumoulin, art. 17 t. XIV, Consuetudine di Auvergne, Ricard, *Donaz.*, parte 3, n. 481. Furgole sull' art. 1 del tit. II dell' ordin. del 1747. Grenier, n. 422. Toullier, t. V, n. 844. Delvincourt, nota 8 sulla p. 83. Vazeille, n. 10 sull' art. 1082.

(3) De Laurière, *loc. cit.* cap. 4, n. 160. *Supra*, n. 2187 (art. 1044).

(4) Cassaz., (ricorsi) 1° marzo 1821 (Devill., 6, 1, 390).

(5) Cassaz., ricorsi, 15 luglio 1835 (Devill., 36, 1, 153) *Contra*, Duranton, t. IX, n. 676.

(6) N.i 1836, 1857, 1982. V. anche *infra*, n. 2454.

(7) Lebrun, *Success.*, lib. 3, cap. 2, n.i 7 a 41. De Laurière, cap 2, n. 8, e cap. 4, n. 125. Furgole, t. VI, p. 404. *Sopra*, n. 1836. *Infra*, n. 2115, Pothier, Orléans, t. XVII, *Introd.*, n. 23.

(8) *Sopra*, n.i 1791 a 1436.

me quello della natura (1), e gli si applicava lo massima; « il morto impossessa il vivo ».

Noo crediamo sotto del codice, essere necessario di agitare delle quistioni di qualità, che non sono più, che delle quistioni di parole. Nel fondo bisogna dire, che l'instituito contrattuale è impossessato in virtù del suo contratto e dispensato dalla dimanda di rilascio. Giusta gli art. 938, 1138 e 1583 (a) il consenso trasferisce la proprietà senza tradizione, ed è ciò, che qui è decisivo. Senza dubbio l'instituzione contrattuale non trasferisce la proprietà di un obietto corporale, ma dà e trasferisce un dritto di successione; essa ne fa una cessione gratuita; consegnentemente impossessa, e dispensa dalla dimanda di rilascio (2). In questo l'instituito contrattuale differisce dal legatario. Il contratto, nel quale trova la sorgente del suo dritto, gli procura un investimento convenzionale, il quale non si lega agli effetti naturali del testamento. Il legatario, che non ha contrattato col defunto, deve fortificare col concorso degli eredi legittimi un titolo, ch'è tuttavia unilaterale. Ma l'instituito contrattuale ha patteggiato con l'instituente; vi è un legame sinalegmatico, oè resta più nulla da fare, perchè la liberalità sia di pieno dritto opponibile alla successione (3).

2367. Furgole agita la quistione, se l'instituito può dividere l'instituzione, e tenersi a'beni esistenti in tempo della donazione per ripudiare i beni futuri. La ragione di decidere sarebbe, che questa divisione e questa azione possono aver luogo nella donozione de'beni presenti e futuri, che ha taluni rapporti con l'instituzione contrattuale (4).

Ma Furgole dimostra benissimo, non potersi questo applicare all'instituzione contrattuale, che fa un erede, perocchè non si può essere erede per parte. Per lo contrario nella donazione dei beni presenti e futuri vi sono come due distinte donazioni, che si possono dividere come vedremo nel comentorio dei seguenti articoli.

2368. Ora bisogna vedere quali persone sono capaci di fare una instituzione contrattuale.

Questa quistione non è senza difficoltà a causa del carattere misto delle instituzioni contrattuali. Nulladimeno vi sono dei casi, in cui esso riceve una pronta soluzione, ed è quando si tratta di persone, che sono del pari incapaci di donare tra vivi ed a causa di morte. Ma la cose si complica relativamente a quelle, che essendo incapaci di donare tra vivi, hanno capacità di donare per testamento.

Per esempio il minore è assolutamente incapace di fare delle donazioni tra vivi in virtù della regola *Donare è perdere* (5); al contrario può fare un testamento, quando è pervenuto alla età dei 16 anni; e per questo mezzo può disporre della metà dei beni, dei quali potrebbe disporre il maggiore (6).

Del pari la donna maritata non può donare tra vivi senza il consenso speciale di suo marito o senza essere autorizzata dal giudice. Ma essa non ha bisogno nè di consenso nè di autorizzazione per donare per testamento.

Per troncare questa quistione bisogna dire, che per essere le instituzioni contrattuali degli atti misti, ne' quali si confondono i caratteri della donazione e del testamento, basta, che un individuo sia incapace dell'uno o dell'altro, perchè non possa fare una instituzione contrattuale. Una instituzione contrattuale non si può fare, senzachè si alieni il più prezioso de'dritti, quello di fare un testamento; essa contiene dunque un'alienazione presente, e sorte dalla capacità di coloro, che non possono alienare tra vivi. Da un'altra parte contiene un esercizio di questo dritto prezioso, che consiste nel fare un erede di sua scelta. Come dunque colui, che fosse incapace di testare, potrebbe fare una instituzione contrattuale?

Da ciò siegue (7), che il minore, per esempio, non può fare una instituzione contrattuale, perchè da una parte non può alienare, e perchè dall'altra instituire contrattualmente, è alienare per sempre ed irrevocabilmente il dritto di testare.

2369. Ma il minore, che si marita, può instituire contrattualmente quello, che sposa?

Qui la tesi è differente. Da una parte noi siamo dall'instituzione contrattuale propriamente detta, poichè questa può unicamente derivare dagli ascendenti degli sposi, da' loro parenti collaterali, o da donanti estranei. Ora si tratta qui di una disposizione di futuro a futura, preveduta dall'art. 1091 del codice Napoleone (b), e non di un'instituzione contrattuale.

Da un'altra parte il minore abile a contrarre matrimonio è abile a consentire tutte le convenzioni, delle quali questo contratto è suscettibile, e le convenzioni e donazioni, che vi ha fatto, sono valide, purchè sia stato assistito dalle persone, il cui consenso è necessario per la validità del matrimonio. Il che risulta dagli articoli 1095 e 1389 del codice Napoleone (c) combinati con l'articolo 1091 (d).

Siccome secondo l'articolo 1093 del codice

(1) Pothier, Orleans, t. XVII, *Introd.*, a. 17 e 18. De Laurière, t. I, p. 170, cap. 4, n. 38. Borbonese, art. 219. Auvergne, cap. 14, art. 26. Nivarnese, t. XXVII, art. 12.
(2) Sentenza del tribunale della Senna de' 27 febbraio 1833 (Devill., 33, 2, 643).
(3) *Infra*, n. 2428.
(4) Ar. 17, dell'ordinanza del 1731. Art. 1084 del codice Napoleone. *Infra*, n. 2397.
(5) Art. 903, cod. Napoleone.
(6) Art. 904, cod. Napoleone.
(7) Merlin, Repert., v. *Instit. contrat.* (p. 287, col. 1), § 4, n. 2. *Aggiungi* Grenier, n. 431. Coin-Delisle, n. 10, su 1082. Zachariae, t. V, p. 515.

(a) Leggi civili art. 862, 1092, e 1428. *Il trad.*
(b) Art. 1046 delle Leggi civili. *Il trad.*
(c) Leggi civili articoli 1049, e 1343. *Il trad.*
(d) Leggi civili art. 1046. *Il trad.*

Digitized by Google

Napoleone (a) il coniuge nel maritarsi può instituire l'altro coniuge suo erede, ne segue, che il minore potrà col suo contratto di matrimonio e con l'assistenza richiesta instituire sua moglie sua erede (1).

2370. Ma non può instituire i suoi figli da nascere (2), dapoichè da una parte l'art. 1389 del codice Napoleone (b) vieta al marito ed alla moglie di portare col loro contratto di matrimonio, alcun cambiamento all'ordine legale della loro successione relativamente a'loro figli da nascere, e dall'altra veruna disposizione dà ad un individuo, che si marita, il potere d' instituire contrattualmente i figli da nascere dal suo matrimonio. L'art. 1082 vi si oppone formalmente (c) (3), per lo che bisogna ritornare alla regola generale dettata dall'art. 893 del codice Napoleone, che dice « non potersi disporre « de'suoi beni a titolo gratuito se non per do-« nazioni tra vivi o testamentario ».

2371. Relativamente alla donna maritata siegue da' principii esposti nel n. 2368 di non poter essa instituire contrattualmente ne' suoi proprii e parafernali senza l'assistenza di suo marito o l'autorizzazione del giudice (4).

Essa può pure con la medesima autorizzazione instituire contrattualmente un parente o un amico ne'suoi beni dotali. È vero, che gli articoli 1554, 1555, 1556 del codice Napoleone(d) vietano di alienare e di donare i beni dotali, ma non è questa una obiezione seria, perchè la moglie non si spoglia attualmente di altra cosa, tranne che della facoltà di testare; ella fa semplicemente un testamento irrevocabile, oè dispone, se non pel tempo, in cui non sarà più (5).

2372. L'instituzione contrattuale non è soggetta alla formalità della trascrizione. L'art. 939 (e) non parla, che delle donazioni propriamente dette, che sono ben differenti dalle instituzioni contrattuali (6). Coquille c' insegna, aver egli ben sovente deciso, non essere l'instituzione contrattuale sommessa all'insinuazione per la ragione, ch'è una disposizione fatta in veduta della morte, e che pel pericolo dei pesi non è necessariamente un titolo lucrativo (7). Queste ragioni hanno oggi la medesima forza, e si applicano alla trascrizione come all'insinuazione.

2373. Essa non è rivocabile per causa d'ingratitudine (8).

2374. Essa non è sottoposta necessariamente all'accettazione (9), percioechè vi è qualche cosa, che vale più della più solenne accettazione, ed è la celebrazione del matrimonio, di cui l'instituzione contrattuale è la condizione; è quella creazione della nuova famiglia, di cui forma la dotazione, e della quale assicura l'avvenire.

2375. Ma essa è rivocabile per causa di sopravvenienza di figli conformemente all'artic. 960 del codice Napoleone. La legge suppone con ragione, come nel caso di donazione propriamente detta, che l'instituente non avrebbe donato la sua successione ad un estraneo, se avesse saputo, dover avere de' figli (10).

2376. Oltre la instituzione contrattuale sovente s'incontra ne'contratti di matrimonio una clausola conosciuta sotto il nome di « promessa di uguaglianza », la quale, com'è stato moltissime volte giudicato dagli antichi arresti (11), equivale ad una instituzione contrattuale. L'effetto di questa clausola, che talvolta vien detta « promessa di parte ereditaria, o promessa di riserva a successione (12) », è d'impedire al disponente di fare a' suoi altri figli delle liberalità dirette o indirette, che infrangessero questa uguaglianza, ch'è stata la condizione del matrimonio. Il disponente non è più padrone di assegnare ad un altro de'suoi figli una quota maggiore (13).

Invano si direbbe, avere con ciò il disponente abdicato la libertà di testare, ch'è inalienabile, dapoichè egli ha agito presso a poco come colui, che dona, aliena, si obbliga, e che per conseguenza si toglie il dritto di disporre nell'avvenire delle cose alienate (14). Il padre ha fatto una instituzione contrattuale; per verità egli non ha donato nudamente la sua successione, o i beni, che lascerà nella sua morte, ma ha assicurato una parte in questi medesimi beni: egli ha donato, egli ha assicurato in una maniera fissa a suo figlio la medesima parte, che avrebbero i suoi altri figli

(a) Leggi civili articolo 1048. *Il trad.*

(1) *Infra*, n. 2557, 2622, e seguenti, sull' art. 1093 e 1095.

(2) Merlin, Repert., *loc. cit.*, p. 293, n. 4.

(b) Leggi civili art. 1343. *Il trad.*

(c) Leggi civili art. 1038. *Il trad.*

(3) *Supra*, n. 2360.

(4) Delvincourt, t. II, p. 110, nota 10. Duranton, t. IX, n. 723. Dalloz, *Donazione tra vivi e testamenti*, cap. 11, sez. 2, n. 8. Coin-Delisle, n. 11 su 1082.

(d) Leggi civili art. 1367, 1368, o 1369. *Il trad.*

(5) Grenier, n. 431.

(e) Leggi civili art.

(6) Pau, 2 gennaio 1827. (Devill., 8, 2, 304). *Gior. di Palazzo*, 1827, t. XXI, p. 2). Cassaz., cam. civile, 31 gennaio 1832. (Devill., 32, 1, 220).

(7) Sul Nivernese, *de Donat.*, art. 12.

(8) *Supra*, n. 1352 e seguenti (art. 959). De Laurière, cap. 4, n. 88 e seguenti.

(9) *Infra* (art. 1087), n. 2469, 2470.

(10) *Supra*, n. 1338. *Aggiungi*, De Laurière, cap. 4; n. 119. La consuetudine di Auvergne non rivocava la instituzione, che in quanto ai diritti della legittima (t. XIV, art. 3).

(11) Riportati da Merlin, *loc. cit.*

(12) Amiens, 15 dicembre 1838. (Devill., 39, 2, 204). Cassaz., ricorsi, 8 dicembre 1837. (Devill., 38, 1, 476).

(13) V. *supra*, n. 2345.

(14) *Supra*, n. 1344.

Digitized by Google

nella sua successione (1). Tal'era l'antica giurisprudenza (2); tal è la nuova.

2377. Ma il padre, che con ciò si è obbligato a non vantaggiare i suoi figli o l'uno di essi in pregiudizio di colui, che colloca, contrae egli la obbligazione di non donare ad un terzo estraneo la porzione disponibile? Quello, che egli si è interdetto di fare per serbare l'eguaglianza tra i figli, può farlo per rispetto ad un terzo estraneo?

Un arresto della corte di Bordò dei 12 di maggio 1848 ha deciso conservare il padre il dritto di donare a dei terzi (3), e questa opinione è anche quella dei signori Championnière e Rigaud (4), e del signor Zachariae (5). Si può argomentare nel medesimo senso da un arresto della corte di cassazione (6) dei 15 dicembre 1818.

I fatti hanno una grande influenza in queste sorti di quistioni. Consultiamo accuratamente quelli dell'arresto di Bordò.

In questa specie un signor Bechade, padre di due figlie, aveva maritata la maggiore al signor Besse: nel contratto di matrimonio di questa ultima in data degli 11 di novembre 1816, aveva inserita una promessa di uguaglianza concepita in questo modo: « in favore del detto « matrimonio il signor Bechade promette alla « suddetta sua figlia di osservare, relativamen- « te a lei, una perfetta uguaglianza nella divi- « sione dei beni della sua successione, senza « poter fare veruna disposizione, che diminui- « sca la sua porzione virile, salva la riserva « specialmente di potere disporre in pregiudi- « zio della detta promessa, 1. a favore di Anna « Leaud, sua cognata, dell'usufrutto della por- « zione disponibile; 2 in favore di chi egli vorrà « della somma di 7000 franchi ». Più tardi, vale a dire il 27 di agosto 1847, e mentre le sue due figlie vivevano ancora, Bechade interviene nel matrimonio di una nominata Margherita, figlia naturale, di padre e madre ignoti, e la instituisce sua erede universale; ella sposava un signor Lagardère. Con questo atto Bechade dichiara volere, che la signora Lagardere succeda in concorrenza delle sue due figlie ed in porzione uguale, vale a dire, che ciascuna prenda un terzo della successione, volendo, che il terzo della detta moglie Lagardère si estenda sino alla metà, se sua figlia non maritata venisse a premorire.

Ed in effetti la figlia non maritata è morta nel 1840, e Bechade è morto nel 1847.

S'indovina la discussione, che si elevò tra la signora Lagardère e la signora Besse; il tribunale d'Angoulême decise in favore di questa.

Ecco il suo sistema. Bechade ha promesso a sua figlia di non far nulla, che potesse diminuire la sua porzione virile o ereditaria. Ora per conoscere questa porzione virile bisogna riportarsi al momento della morte, dapoichè nelle instituzioni contrattuali, (e Bechade non ha fatto altro), non bisogna considerare la data dell'instituzione, ma riportarsi al momento della morte per valutare l'estensione dei dritti appartenenti all'instituito. Ora nel momento della sua morte Bechade ha lasciato una sola figlia, l'altra sua figlia essendo morta. Dunque questa figlia, la signora Besse, si è trovata chiamata a raccogliere la sua successione. Epperò inutilmente Bechade ha voluto instituire la signora Lagardère, perciocchè, non ha fatto altro, che contravvenire alla sua obbligazione di non far nulla, che potesse attentare alla porzione virile della signora Besse nella sua successione. Se fosse diversamente, la sua instituzione contrattuale sarebbe senza effetto, ed egli non avrebbe nulla donato a sua figlia. D'altronde basta di leggere le riserve fatte da Bechade di una somma di 7000 franchi e di un usufrutto per Anna Leand per essere convinto, che egli s'interdiceva di fare altre disposizioni a favore degli estranei.

Appello. — Si diceva dalla sig.ª Lagardère: La promessa di uguaglianza suppone una divisione. Ma che cosa diviene, quando pel corso degli avvenimenti non vi è luogo a divisione? Che ha fatto Bechade? Ha promesso l'eguaglianza. Ha forse mancato a questa promessa? La signora Besse ha provato un disinganno? Nol suo padre le lascia la più forte parte virile, alla quale avrebbe potuto pretendere, se vi fosse stato luogo a dividere.

Questo sistema la corte di Bordò ha adottato, facendo osservare, che l'interdizione contratta da Bechade « di non diminuire la porzione virile » era la medesima cosa della promessa di uguaglianza, essendo sinonimi porzione virile e porzione uguale (7). Bisogna leggere quest'arresto, che contiene una deduzione stringente e degli argomenti gravissimi. Il più fondamentale si è, che il padre di famiglia ha avuto unicamente il pensiero di una divisione, di un concorso di due persone almeno, e mai quello di una istituzione universale a favore di sua figlia.

(1) Merlin, *Instit., contratt.*, § 6, n. 3. Coin-Delisle, art. 1082, n. 65. Duranton, t. IX, n. 655. Rolland de Villargues, Repert. del notariato, v° *Instit., contratt.*, n. 50. *Aggiungi* Parigi, 26 gennaio 1833; Douai 28 marzo 1835; Limoges, 20 febb. 1844; Cassaz., 11 marzo 1834. (Devill., 33, 2, 197, 35, 2, 379, 46, 2, 21, Devill., 34, 1, 178.)

(2) Lebrun, *Successioni*, cap. 2, lib. 3, n. 13. De Laurière, cap. 7, n. 20. Merlin, *loc. cit.*

(3) 12 maggio 1848. (Devill., 48, 2, 632).

(4) T. IV, n. 2951.

(5) T. V, § 739, n. 3.

(6) Devill., 5, 1, 559. *Palazzo*, t. XIV, (1818), p. 1119.

(7) Merlin, Repert., v° *Porzione virile.*

Digitized by Google

2378. Ciò premesso, non ci siamo ingannati, quando abbiamo detto, essere in questa materia della più alta importanza di consultare i fatti. E per vero la corte di Bordò ha attinta la sua decisione nelle circostanze particolari della specie e nella volontà del disponente rivelata da' fatti. Il suo arresto riposa sulla valutazione dell'intenzione del padre, molto più che su dei principii di dritto. Il che può chiamarsi un arresto di specie (1).

Ma se uno si mette al di fuori delle particolarità di tale o tale causa per porsi nettamente in faccia d'una promessa di uguaglianza, non si può forse dire, che il padre di famiglia, che marita suo figlio, e gli promette l'eguaglianza, o in altri termini, che si obbliga a non fare delle disposizioni a favore degli altri suoi figli, promette a più forte ragione di non farne relativamente ad un estraneo? Questo padre dà una garentia contra i trasporti dell' affezione paterna. Non è questa una ragione per crederlo forte contra le tentazioni de' terzi? E non vi è in questo una volontà chiara, ch'è stata il pegno dell'unione di due famiglie, e che non permette ulteriori liberalità a favore de' terzi (2)?

2379. Da un'altra parte se la promessa di uguaglianza è una vera instituzione contrattuale, per lo meno quando è spogliata delle circostanze, delle quali or ora parlavamo, non le si deve applicare la regola dell'art. 1083 del codice Napoleone?

Si risponde, non esser essa, che un'instituzione ristretta; nel pensiero del testatore non essere stata assicurata al figlio, che una porzione uguale a quella de' suoi fratelli e delle sue sorelle; che per conseguenza deve rimanere soddisfatto, se costoro non sono vantaggiati, e che nel dimandare la nullità della donazione fatta a de' terzi, dimanda quello, che non gli è stato promesso.

Ma se si guarda da vicino, non si vede forse, che la promessa di uguaglianza contiene virtualmente in se un'assicurazione della porzione disponibile? Forse non è col lasciare intatta questa porzione, che il padre fa sussistere l'eguaglianza? Ora s'egli ha promesso, che essa resterebbe intiera, auche malgrado ogni preferenza tra' figli, non si allontana egli dalle sue obbligazioni, quando ne dispone a favore di estranei, che si dovevano credere fuori e lontani dalle sue affezioni? Supponiamo, che il padre abbia detto: « Io vi assicuro una parte uguale ne'beni, che lascerò nella mia morte ». Non si applicherebbe a questa disposizione, che riproduce parola per parola la formola dell'art. 1082, il principio stabilito nell'articolo 1083? E di buona fede quale differenza vi è tra questa disposizione e la semplice promessa di eguaglianza? Forse il pensiero dei contraenti non è necessariamente riportato ai beni lasciati in tempo della sua morte? E forse non è quistione tra le parti, sia che lo si dica, sia che non lo si dica, di una parte uguale nei beni?

2380. Del resto è riconosciuto, che la promessa di uguaglianza non priva l'instituente della facoltà di disporre di una parte dei suoi beni in pregiudizio di quelli dei suoi figli, in favore dei quali la promessa non è stata fatta. Così nella specie, che precede, se le due figlie di Bechade gli fossero sopravvivute, avrebbe dovuto lasciare la metà della successione alla signora Besso, ma avrebbe potuto ridurre l'altra sua figlia alla riserva, e disporre di 1/6 a favore di chi avesse voluto. I figli, ai quali la promessa di eguaglianza non è stata fatta, non potrebbero prevalersene senza meritare il rimprovero di eccepire il dritto del terzo (3).

2381. Talvolta la promessa di uguaglianza si presenta come condizione di un'instituzione contrattuale formale. Come per esempio: « Pie« tro instituisce sua figlia erede per metà dei « beni che lascerà nella sua morte con pro« messa di eguaglianza ».

In questo stato si domanda, se Pietro ha potuto fare più tardi una divisione tra i suoi figli.

La ragione di dubitare si è, che secondo lo art. 1076 del codice Napoleone la divisione di ascendenti si fa per disposizione tra vivi o testamentaria. Ora il padre non può donare nè legare ai suoi figli ciò, che loro di già apparțiene, e l' art. 1083 si oppone ad ogni disposizione a titolo gratuito dopo l' instituzione contrattuale.

Ma si risponde, che la liberalità fatta dal padre non si oppone a che egli ripartisse in seguito con una divisione tra i figli i valori della successione, che ha loro assicurato. Basta, che non si allontani dalla eguaglianza, che loro ha promesso (4).

Articolo 1084 — (1040)

La donazione per contratto di matrimonio potrà essere fatta cumulativamente de'beni presenti e futuri in tutto od in parte coll'obbligo di unire all'atto uno stato de' debiti e pesi del donante,

(1) L'arresto della Corte di cassazione citato più sopra è in perfetta analogia con quello di Bordò.

(2) Argomento di un arresto della Corte di cassazione, ricorsi, 8 dicembre 1837. (Devill., 38, 1, 476.)

(3) Bourges, 18 floreale an. XII (Devill., 1, 2, 191).

(4) Cassaz., ricorsi, 26 marzo 1845. (Devill., 47. 1, 120 e seg.).

esistenti nel giorno della donazione; nel qual caso sarà libero al donatario in tempo della morte del donante di tenersi a' beni presenti, rinunziando il dippiù de' beni del donante.

Articolo 1085 — (1041).

Se lo stato, di cui è menzione nel precedente articolo, non è stato annesso all'atto, contenente donazione di beni presenti e futuri, il donatario sarà obbligato di accettare o di ripudiare questa donazione per lo intiero. In caso di accettazione non potrà reclamare, che i beni, che si troveranno esistenti nel giorno della morte del donante, e sarà sottoposto al pagamento di tutt' i debiti e pesi della successione (a).

SOMMARIO

2382. Della donazione de' beni presenti e futuri. — Questa specie di donazione proibita dal dritto comune, è ammessa nel contratto di matrimonio.
2383. Studio storico della donazione de' beni presenti a futuri — Quattro sistemi d'interpetrazione. — Definizione di ciascuno di questi sistemi.
2384. Primo sistema. Ragioni, che lo giustificano.
2385. Ragioni, che l' hanno impedito di prevalere. — Secondo sistema.
2386. Critica del secondo sistema.
2387. Terzo sistema. — Esso era dominante ne' paesi di dritto scritto. — La donazione universale si compone di due donazioni distinte. — Critica.
2388. Quarto sistema, nato ne'paesi di consuetudine.— La donazione universale abbraccia tutt' i beni lasciati in tempo della morte, e menochè il donatario non scelga po' soli beni presenti.
2389. L' ordinanza del 1731 ha condannata i due primi sistemi. — Comparazione e differenza de' due altri sistemi tra loro.
2390. L' ordinanza ha lasciato sussistere questi due ultimi sistemi per non urtare le idee ricevute.
2391. Conseguenza del quarto sistema — Il donatario universale, che non isceglie pe' beni presenti, è tenuto di tutt'i debiti e della garentia delle alienazioni.— Arresti celebri.
2392. Il donatario in questo caso prenda tutt' i beni indistintamente sotto il peso de' debiti.
2393. Il dritto di ozione del donatario tiene sospeso tutto sino alla morte del donante, che resta in possesso.
2394. La disposizione è caduca per la premorienza del donatario.
2395. Opinione di Chabrol in questo senso. — Arresti, che l' hanno sanzionata anche pe' paesi di dritto scritto
2396. Continuazione.
2397. Del sistema adottato dal Codice Napoleone. Esso serba al donatario la facoltà di dividere la donazione.
2398. L' ozione è espressamente differita sino alla morte del donante.
2399. La facoltà di dividere esiste solo, quando è stato annesso alla donazione uno stato de' debiti allora esistenti.
2400. Conseguenza di questo sistema. — Effetto della donazione in vita del donante — Quest' ultimo resta di dritto nel possesso e nel godimento.
2401. Il donante può fare delle alienazioni a titolo oneroso, ma risolubili se il donatario sceglie pe' beni presenti.
2402. I creditori del donante hanno il dritto di pegnorare la proprietà risolubile del loro debitore.
2403. Arresto di Bordò determinato da circostanze particolari.
2404. Effetti della donazione dopo la morte del donante, — Del caso, in cui essendo stato unito lo stato prescritto, il donatario sceglie pe' beni presenti.
2405. De' debiti, che sono pesi de' beni presenti.
2406. Continuazione.
2407. Che bisogna intendere per beni presenti? — Del credito in denaro convertito in un immobile per una dazione *in solutum*.
2408. Continuazione. — Rinvio.
2409. I figli sostituiti al loro padre donatario hanno la stessa facoltà di ozione di costui, e raccolgono in virtù di un dritto proprio anche i beni presenti.
2410. *Quid se* i figli non sono di accordo sull' ozione.
2411. Del caso, in cui il donatario accetta la donazione universale. Allora la situazione è la stessa, o che lo stato prescritto sia stato oppur no annesso.
2412. Il donatario deve rispettare tutti gli atti del donante, debiti ed alienazioni? Soluzione de' paesi di dritto scritto.
2413. Soluzione de' paesi di consuetudine.
2414. Dritto attuale. — Assimilazione sotto questo rapporto del donatario universale e dell' instituito contrattuale.
2415. Il donatario universale è tenuto de' debiti *ultra e intra vires bonorum?* Dritto antico. — Il donatario non era, che un semplice successore a' beni, tenuto *intra vires*.
2416. Sotto il Codice Napoleone la soluzione è la stessa.
2417. Arresto. — Conciliazione di questa giurisprudenza con quella relativa al legatario universale.
2418. Continuazione. — Il donatario universale non è che impropriamente riguardato come *loco haeredis*.
2419. Per non essere tenuto, che *intra vires*, è necessario, che il donatario abbia fatto inventario?
2420. Autorità antiche nel senso della negativa.
2421. Autorità più consideravoli per l' affermativa.
2422. Soluzione della quistione sotto il Codice Napoleone. — La mancanza d' inventario fa presumere la sufficienza de' beni per pagare i debiti.
2423. Continuazione. — Il donatario può combattere questa presunzione.
2424. Continuazione. Arresto conforme.
2425. Quali specie di pruova può produrre il donatario per supplire l' inventario?
2426. Il donatario di una quota non è tenuto, che di una parte proporzionale de' debiti.
2427. Arresto, che si cita a torto in senso contrario.
2428. Il donatario universale non è obbligato di dimandare il rilascio. Egli è impossessato in virtù del suo contratto.
2429. Giurisprudenza conforme.
2430. Conseguenze del possesso del donatario.
2431. Il donatario universale può prima della morte del donante rinunziare alla donazione, o contrattare sulle cose donate? No.
2432. Questo medesimo donatario può dopo di avere accettato, essendo morto il donante, i beni futuri, ripudiarli e tenersi a' beni presenti? No.
2433. Arresto contrario di Grenoble su de' fatti anteriori al Codice Napoleone.
2434. Comparazione tra la donazione universale e l' instituzione contrattuale
2435. Si può fare due donazioni, l' una de' beni presen-

(a) Questi articoli sono uniformi agli articoli 1040 e 1041 delle Leggi civili. *Il trad.*

COMENTARIO

2382. Dopo di avere parlato delle donazioni dei beni presenti, fatte ai coniugi per contratto di matrimonio, e dell' instituzione contrattuale o dono della successione, il codice si occupa di un terzo ordine di disposizioni, cioè della donazione universale dei beni presenti e futuri, che un terzo può fare all' uno dei futuri o a tutti due col loro contratto ante-nuziale: L' articolo 1084 è consacrato a tale subietto. Esso è assolutamente conforme all' art. 17 della ordinanza del 1731, tranneché esige dippiù l' annesso di uno stato dei debiti e pesi, destinato a marcare la linea, che separa l'attivo presente dall' attivo eventuale.

Siccome le donazioni per contratto di matrimonio sono le più favorevoli, e che si è cercato di dar loro tutta la latitudine possibile, a fine d' incoraggiare i cittadini a l' unione coniugale con delle liberalità, che danno alla famiglia più dignità e più agiatezza, non si è veduto inconvenienti ad ammettere a favore dei futuri coniugi le donazioni universali dei beni presenti e futuri, benchè in ogni altra materia siano proibite dal dritto comune (1). Si sa,che la massima *donare e ritenere non vale*, non ha luogo nelle donazioni per contratto di matrimonio, nelle quali certi caratteri testamentari vengono a mischiarsi alla liberalità tra viv (2). Epperò non si offendono in veruna maniera i principî, che hanno fatto rigettare negli altri casi la donazione universale, non solamente come una sorgente di torbidi nelle famiglie, di pentimento e di rammarichi pel donante, ma ancora come una violazione della regola, che, donando, non bisogna impedire l' effetto della propria liberalità (3). L' ordinanza del 1731, che, anche più del codice Napoleone, aveva proscritto le donazioni dei beni presenti e futuri, le aveva autorizzate nei contratti di matrimonio (4), come qualche consuetudine l' avevano fatto espressamente(5).Il codice ha voluto seguire questo esempio; ed il favore dei matrimoni, così grande nei nostri costumi, spiega sufficientemente questa eccezione.

2383. Ma qual' è il vero carattere della donazione universale,così legittimata nel contratto di matrimonio? Questa è la più grave quistione, che presenta il comentario del nostro articolo, e per risolverla bisogna vedere le vicissitudini, che questo genere di liberalità ha subìto sin oggi; bisogna studiare i punti di vista, tanto diversi, dai quali è stata guardata dai giureconsulti. Questa ricerca è interessante; è anche indispensabile, e noi andiamo a farla.

Risalendo tanto alto, quanto è possibile, si trova, che quattro sistemi si sono prodotti sulla fisonomia della donazione universale dei beni presenti e futuri, a che tutti hanno avuto dei gravi partegginni ed un numeroso corteggio di imponenti autorità.

E dapprima un primo sistema considerava la donazione dei beni presenti e futuri come una donazione tra vivi propriamente detta, che rendeva il donatario immediatamente proprietario dei beni, che possedeva il donante, e nell' avvenire proprietario dei beni,che avrebbe il donante, a misura che li acquistava.

Giusta una seconda opinione la donazione dei beni presenti e futuri era una donazione a causa di morte, che non attribuiva al donatario, che un dritto nella successione del donante.

Un terzo sistema vedeva in essa due distinte donazioni; l' una dei beni presenti con un effetto attuale ed irrevocabile, l' altra dei beni futuri, il cui effetto era differito sino al dì della morte del donante, e che si applicava solamente ai beni, che in questa epoca avrebbe il donante.

Da ultimo un quarto sistema, combinando le due ultime opinioni, considerava la donazione dei beni presenti e futuri come una donazione costituente originariamente un sol tutto; e nondimeno questa donazione conservava qualche

(1) Art. 943, Codice Napoleone.
(2) *Sopra*, n. 2341.
(3) V. *sopra*, sotto l'art. 913 n. 1193 e seg. quello, che abbiamo detto sulla proibizione delle donazioni dei beni presenti e futuri.
(4) Art. 17.
(5) Borbonese, t. XIX, art. 210. V. il comentario dell' abbate Auroux des Pommiers.

Digitized by Google

cosa d'incerto sino alla morte del donante, momento, in cui poteva subire una trasformazione, e prendere un carattere nuovo per la volontà del donatario, che poteva sia accettarla per intiera e senza divisione, sia limitarsi ai beni presenti. Accettata puramente e semplicemente, rientrava nelle idee propugnate dal terzo sistema; ridotta ai beni presenti per l'ozione e la divisione del donatario, essa partecipava della natura, che il secondo sistema gli assegnava.

Vedremo più tardi, avere il codice Napoleone creato un quinto sistema, che molto si avvicina a quest'ultimo. Ma prima di giungervi, è duopo, che seguiamo il cammino ed i progressi di queste quattro maniere di vedere.

2384. La prima era incontrastabilmente la più logica e la meglio di accordo coi principî puri della donazione tra vivi, quale la concepiva il dritto romano; essa aveva sopratutto dei numerosi parteggiani nei paesi governati da questo dritto. Perchè i giureconsulti di queste contrade volevano eglino in gran numero, che la donaziona di tutti i beni presenti e futuri fosse nulla, se il donante non si era riserbata la libera disposizione del vigesimo (1)? Perchè altri esigevano, che il donante, onde non meritare il rimprovero di follia, e non condannarsi alla più insopportabile miseria, si riserbasse l'usufrutto dei suoi beni? (2) Forse non era perchè la donazione sembrava loro avere per conseguenza di spogliare il donante successivamente in sua vita di tutti i suoi beni presenti e futuri? De Laurière ha benissimo espresso in riassunto questa opinione, quando ha detto (3): « Tutta questa difficoltà si riduce al sol » punto di sapere, se colui, che ha fatto dona« zione pura e semplice dei suoi beni presenti » e futuri, può esser astretto a farne la tradi» zione in sua vita. Se può esservi astretto, » ha preferito il donatario a sè stesso, e la do« nazione è tra vivi; se no, egli sarà preferito « al donatario e la donazione è causa di « morte ».

» Non si può negare, che i beni futuri, su« bitochè sono stati acquistati, debbono essere » considerati come beni presenti; ora è dell'ul» tima certezza, che il donatario dei beni pre» senti e futuri può costringere il donante a « fargli la tradizione dei beni presenti.... per « conseguenza il donatario ha la medesima a« zione per costringere il donante a fargli la « tradizione dei beni futuri, subitochè li ha « acquistati. Ciocchè è stato benissimo osser» vato da Vaudua (4) ».

In quest'ordine d'idee il donante era dunque legato irrevocabilmente, e doveva spogliarsi. I beni presenti passavano immediatamente al donatario; ed in quanto ai beni futuri, costoi poteva farsegli rilasciare a misura degli acquisti. Solamente se per provvedere ai propri bisogni il donante avesse creduto di dover alienare taluno di questi beni, doveva citare il donatario per essere autorizzato ad usare di questo benefizio di competenza e per vedere fissare la parte da distrarsi.

Ripetiamo, essere tutto questo di una soddisfacente logica, quando si pone nei termini, nei quali Giustiniano aveva messo la donazione tra vivi (5). L'interpretazione naturale delle parole conduce a questi risultamenti, comunque rigorosi essi siano. Donare i suoi beni futuri è donare i beni, che si acquisteranno, non appena saranno acquistati; del pari che ipotecare i suoi beni futuri, è gravare del dritto di preferenza e di persecuzione i suoi beni posteriormente acquistati dal momento del loro acquisto (6). Ora quello, che dalla legge è consacrato per le ipoteche, non potrebbe passare per illegale ed impossibile, quando si tratta di donazione (7). Del resto così la donazione tra vivi è risguardata dalla consuetudine di Sedan (8), la quale voleva, che la donaziona dei beni presenti e futuri fosse valida per tutti i beni, dei quali fosse stato il donatario impossessato in vita del donante.

2385. Ma era difficile, che questo sistema divenisse popolare nella Francia consuetudinaria, che in generale non vedeva con favore le donazioni tra vivi (9). Si sa, che il più accreditato sentimento tra i giureconsulti critici condannava per dritto comune le donazioni dei beni presenti e futuri, come in contravvensione della regola *Donare e ritenere non vale*, e che si ammettevano soltanto nel contratto di matrimonio.

Ora perchè si riprovavano le donazioni dei beni presenti e futuri come violatrici del principio dell'irrevocabilità della donazione? Noi lo abbiamo detto più sopra (10), perchè sembrava, che donando i suoi beni futuri, il donante aveva inteso di riportarsi al tempo della sua morte; perchè veniva riputato di avere voluto con ciò, che la sua morte sola fissasse l'emolumento trasmessibile al donatario, e che per conseguenza prima di questo avvenimento il dritto del dona-

(1) *Sopra*, n. 1193.
(2) *Maximam et intolerabilem miseriam ..... adeoque infeliciter vivere debeat.* (Fachin. *Controv.*, lib. 6, c. 87.)
(3) *Instit. contratt.* cap. 4, n° 67 e seg.
(4) Lib. 1, quaest., c. 31, n. XI.
(5) *Sopra*, n. 1193.
(6) De Laurière, *loc. cit.*, n. 64.
(7) *Aggiungi* Boucheul, *delle Convenz. di succedere* cap. 1, n. 28.
(8) Art. 112.
(9) Loisel, 4, 4, 14, *Sopra*, n. 1194.
(10) *Sopra*, n. 1194.

Digitized by Google

tario restava incerto e subordinato agli atti della sua volontà.

E poichè taluni arresti, inclinando verso la più equa opinione, e preferendo la validità alla nullità dell'atto, avevano convertito le donazioni tra vivi dei beni presenti e futuri in donazioni a causa di morte (1), molti giureconsulti, senza molto riflettervi, trasportarono nelle donazioni universali, perfettamente permesse in favore del matrimonio, una interpretazione, che non era, che un trovato per salvare delle donazioni vietate; videro una regola ove non vi era, che un espediente, e si lasciarono trasportare a snaturare il carattere normale della liberalità fatte ai coniugi, assimilandola per il tutto a delle donazioni a causa di morte, o per meglio dire alle instituzioni contrattuali. Tale è il sentimento di Ricard (2), che dopo di avere detto, che colui, che ha fatto una instituzione contrattuale, non avendo donato, che la sua successione, può sempre disporre dei suoi beni, come un buon padre di famiglia, aggiunge: « Bisogna dire la medesima cosa, quando la « donazione è di tutti i beni presenti e futuri, « perchè essa differisca quasichè di solo no« me dall'instituzione contrattuale di erede, « comprendendo l'una e l'altra i medesimi « beni ».

Lebrun è del medesimo avviso (3); si sa, che questo autore era parteggiano della validità delle donazioni de' beni presenti e futuri; che egli le considerava per principio « come conte« nenti un avvenimento incerto, un emolumento « eventuale in tempo della morte, il quale non « potere essere tolto al donatario ». D'altronde egli non poteva concepire, che il donatario avesse in vita del donante un dritto ad essere messo in possesso delle cose donate, e la donazione non era per lui, che un donn di quello, che si troverà in tempo della morte (4), che una instituzione contrattuale fatta fuori del contratto di matrimonio (5), che una specie di mezzo di farsi un vero erede (6). Così diceva egli espressamente: « Supponete, che qualcuno « abbia donato i suoi beni presenti e futuri « sotto espressa riserva di usufrutto; egli è cer« tissimo, che il donatario non potrebbe pre« tendere di spogliare il donante dei suoi beni « presenti, e che non potrebbe venire a torgli « tutto quello, che ha rinunziando a quel« lo, che potrebbe acquistare. Non si ascol« terebbe neppure un donatario, che elevasse « una sì insolita pretensione ». Queste parole sono rimarchevoli, perchè rivelono lo spirito dei giureconsulti consuetudinari, che cercano di attenuare gli effetti legittimi della donazione universale, dando al donante delle armi contra del donatario, che si fosse mostrato troppo attaccato alla lettera del suo titolo. Eglino non vogliono, che il donatario abbia ragione contra del suo benefattore, e lo condannano ad attendere la morte di questo ultimo per godere del benefizio di una donazione, qualificata tra vivi.

Ora se da queste idee di Lebrun vogliamo trarre delle conseguenze in quanto concerne le donazioni universali per contratto di matrimonio, dobbiamo conchiudere, che quello, che egli così esponeva come regola della materia, l'applicava con più forte ragione a questa specie di liberalità. Nondimeno lo vedremo più tardi esitare al cospetto dell'opinione del Palazzo.

2386. Checchè ne sia, vi era nel secondo sistema, che abbiamo esposto una palpabile esagerazione. Faceva sorgere un erede da un atto, che altro non aveva voluto, che un donatario, e sotto pretesto di una donazione di beni futuri, cancellava sino all'ultimo vestigio la donazione de' beni presenti. Non era questo il vero correttivo all'eccesso del sistema opposto; questo peccava pel *summum jus*; quello per un troppo grande rilasciamento di dritto. Restava sempre da risolvere il problema di conciliare i due elementi senza assorbirli l'uno per l'altro. Bisognava tener conto di quello, che vi era di presente nella donazione senza sconoscere il senso, che le idee francesi attaccavano in generale alla donazione dei beni futuri.

Per pervenire a questo scopo si produssero due altri sistemi l'uno particolarmente preferito in Francia nei paesi di dritto scritto, l'altro nato nei paesi di consuetudine.

2387. Ne' paesi dominati dal dritto scritto (è il terzo sistema, di cui più sopra abbiamo parlato) si considerò, che due donazioni si trovavano sovrapposte nella donazione universale; i beni presenti erano riputati essere l'obbietto di una donazione intieramente distinta dalla donazione de' beni futuri; questa donazione de' beni presenti aveva un effetto attuale ed irrevocabile nel momento stesso della celebrazione del matrimonio, di talchè il donante era obbligato di abbandonare in sua vita al donatario i beni, che aveva nel giorno della donazione, a menochè non se ne fosse riserbato il godimento. In quanto a' beni futuri la donazione era subordinata alla morte, e restava sospesa sino a quest'epoca. Il donante poteva dimi-

(1) Ferrières, sopra Parigi, art. 272, glos. 2, numeri 53, 54. Bredeau su Louet, lett. D, somm, 10, n. 6.

(2) *Donaz.*, part. 1, cap. 4, sez. 2, distinz. III, n. 1063.

(3) *Tratt. delle success.*, lib. 4. cap. 2, sez. 2, n. 32, e seguenti.

(4) N. 34.

(5) N. 39.

(6) *Loc. cit.*

Digitized by Google

onirla co' suoi debiti, ma non con le sue alienazioni a titolo gratuito (1).

« Siccome la donazione, dice Henrys (2), « contiene due sorte di beni, i presenti ed i « futuri, quale ripugnanza vi può essere nel « dire, essere una doppia donazione? Ed in « effetti il donante intende di spogliarsi sin « d'allora de' beni, che ha, pagando i debiti, « che ha fatto, ma pe' beni futuri intende, « che rimanga a scelta del suo donatario di « prevalersene, pagando i debiti, che saranno « contratti per l'avvenire ».

Ma ascoltiamo Furgole (3): « La donazione « di tutt' i beni presenti e futuri è perfetta re« lativamente a tutt' i beni presenti nel momen« to, in cui è fatta, e dev' esser eseguita da « principio, se non vi è qualche clausola, che « ne sospende l'effetto, come la riserva del« l'usufrutto; ma pe' beni futuri, essa non è « perfetta, che per la morte del donante, e sin « allora la sua esecuzione è sospesa (4) ». Notate, che anche quando il donante sospendeva l'effetto della donazione, per quanto si applicava a' beni presenti, non era meno nella impossibilità di alienare a titolo gratuito ed anche a titolo oneroso i beni presenti; egli non poteva nè venderli, nè permutarli, nè ipotecarli (5).

Ravvicinate questo a quello che abbiamo detto sulla dottrina de' paesi di dritto scritto relativamente all' instituzione contrattuale ed alle ricognizioni di erede principale (6), e scorgerete l'analogia delle idee, il pensiero costante di richiamare, per quanto è possibile, la disposizione ai termini d'una donazione tra vivi, e di soggettarla alla medesima irrevocabilità. Per verità si transige col secondo sistema in quanto a' beni futuri; si piega al carattere, che le idee francesi loro assegnano, ma si sgombra i beni presenti del miscuglio di beni futuri, e si rimane per rispetto ad essi ne' principi del primo sistema.

Spogliando il donante della proprietà de' suoi beni presenti ed anche del possesso di questi beni, a menochè non se ne sia riserbato l'usufrutto, si perveniva ad un risultamento rigoroso. Dappoichè restavagli solo l'incerta speranza di guadagnare ancora di che vivere o di raccogliere delle successioni. Questa dura estremità poteva forse risultare dai principi rigorosi della materia, ma era tale da paralizzare le donazioni universali in favore del matrimonio; essa trattava troppo severamente il donante, che in simile caso vuole meno spogliarsi attualmente, che assicurare dei vantaggi dopo di lui. I paesi consuetudinari, sempre poco favorevoli alle donazioni, non si piegarono quindi a questo terzo sistema, e di là il quarto sistema, che ci resta ad esporre.

2388. Si rammenta, che secondo Ricard, Lebrun, ed altri la donazione di beni presenti e futuri non produceva effetto, che dopo la morte del donante, e che questo conservava il godimento di tutt' i suoi beni sin alla sua morte. Ma siccome questi autori assimilavano la donazione universale ad un' instituzione contrattuale, non ammettevano, e sopra tutti Ricard, che il donatario potesse dividere la donazione, vale a dire tenersi a' beni presenti ed abbandonare i beni futuri. Poichè l'instituito contrattuale è obbligato di accettare per l'intiero o ripudiare per l'intiero, come un erede, il donatario universale, che in quest' ordine d' idee ha tant' analogia con l'instituito contrattuale e l'erede, non può meglio di costoro accettare per parte. Ma noi lo dicevamo or ora: che cosa diviene in questo sistema la parte presente della donazione? Perchè la si fa del tutto scomparire nella donazione de' beni futuri? Là era il vizio di questa dottrina; per correggerlo, bisognava fare più conto della donazione de' beni presenti, e farle rappresentare una parte negli effetti annessi a quest'atto. Senza dubbio non era necessario di cancellare il dritto del donante di restare in possesso di tutt' i suoi beni, nè bisognava offendere a tal riguardo le ripugnanze consuetudinarie; ma nel rispettare questa prerogativa del donante era ingiusto di ridurre alla parte di erede colui, ch' altro non era, che un donatario, e di trattarlo, come se non gli fossero stati donati, che de' beni futuri senza miscela di beni presenti. Epperò che cosa si doveva fare? una cosa semplicissima: permettere al donatario di distrigare i beni presenti, d' isolarli da' beni futuri, e di scegliere nel tempo della morte del testatore per questo solo emolumento. Se gli conveniva di accettare la donazione per l'intiero, era padrone di farlo, ed allora la sua situazione aveva delle grandi analogie con quella dell' erede contrattuale. Ma codesta situazione non gli veniva imposta necessariamente, e dipendeva dalla sua azione. Che se per lo contrario credeva di dovere preferire i beni presenti, rientrava nella classe de' veri donatari tra vivi, e l'elemento presente della donazione appariva con la maggior energia.

Brodeau è uno de' primi, che abbia messo in luce questa idea, che aveva attinta nell' attento studio degli arresti, ed ecco le sue parole (7): « Quando la donazione è fatta nel « contratto di matrimonio a' figli da nascerne,

(1) Furgole, sull' art. 17 dell' ordinanza del 1731 *Infra*, n. 2412

(2) T. II, lib. 4, *quist.* 183.

(3) Sull' art. 17, dell' ordin. del 1731.

(4) V. anche il nuovo Denizart, v° *Donaz. per contratto di matrimonio*, § 4.

(5) Chabrol, su Auvergne, cap. 14, art. 26, ser. 13. *Infra*, n. 2396.

(6) *Sopra*, n. 2349.

(7) Su Louet, lett. D, somm. 69, n.i 3 e 4.

Digitized by Google

« o ad uno di loro di tutt' i beni presenti e futuri, è in facoltà del donatario, *rebus integris*, per esonerarsi da' debiti susseguenti la donazione di restringerla nell' accettarla, e di tenersi a' beni presenti, vale a dire a quelli, che appartenevano al donante in tempo della donazione, e rinunziare agli altri, perchè in effetti sono due donazioni fatte con un medesimo atto, e come dice la l. 29 D., *de verb. oblig.*, — *tot sunt stipulationes, quot res* ».

E vero, non avvenir questo *in legatis* (1); ma altra cosa è la donazione universale secondo Chopin (2).

« . . . . . Ma il donatario non può dividere la donazione quando le cose non sono più intiere. Come per esempio quando il donatario maggiore *sui juris* DOPO LA MORTE DEL DONANTE ha accettato la donazione puramente e semplicemente e senza alcuna protesta; nel qual caso avendo consumata l' ozione, non è più ammessibile a variare, nè a volere separare e dividere la donazione e restringerla a' beni presenti, per liberarsi e discaricarsi de' debiti contratti dopo (3) ».

Lebrun, del quale abbiamo qui sopra riportata l' opinione contraria, conviene, che dai tempi suoi il Palazzo inclinava per la divisibilità della donazione, e riconosceva essere quest' avviso molto favorevole ne' contratti di matrimonio (4).

Infine Pothier (5) ci presenta questo lucido riassunto dell'ultimo stato della dottrina consuetudinaria su questa materia: « Si può donare per contratto di matrimonio i suoi beni futuri, e rimane a scelta del donatario in tempo della morte del donante di prendere la donazione per intiera, caricandosi di tutt' i debiti del donante, tanto fatti dopo che prima della donazione; o di restringersi a' beni, che aveva il donante in tempo della donazione, per discaricarsi de' debiti fatti dopo ».

2389. Si vede, che in questo quarto sistema, come nel terzo, si trova la nozione di due donazioni distinte e divisibili. Affrettiamoci di dire, che l'ordinanza del 1731 col suo articolo 17 l'aveva espressamente conservato, e che con questo i due primi sistemi si sono trovati condannati. Ma affrettiamoci anche di aggiungere, che il terzo sistema non intendeva la divisione della stessa maniera del quarto. Secondo il terzo sistema la distinzione e la divisione erano sostanziali ed originari; vi erano *a priori* nella donazione due donazioni diverse, per servirmi di una parola di Henry (6), l' una attuale, irrevocabile, operativa nel momento dell'atto, e che fa nascere sin da quest' istante un' azione anche contra del donante (7); l' altra a causa di morte, rivocabile, non suscettibile nè di accettazione nè di ripudiazione, tranneché in tempo della morte del donante(8), e che lascia sussistere a favore del donatario la facoltà di ripudiarla in quest' epoca, malgrado l' accettazione, che avrebbe potuto fare in vita del donante de'la donazione de' beni presenti, e malgrado la sua persistenza a conservarne il beneficio (9).

Per lo contrario nel quarto sistema la donazione universale non forma originariamente, che un sol tutto; la generosità del donante ha fatto un insieme della sua fortuna, che ha voluto far passare sulla testa del donatario, non già per impossessarnelo immediatamente, ma perchè entri in godimento alla sua morte. Solamente siccome la liberalità non potrebb'essere onerosa al donatario, e che non si può supporre, che il donante abbia voluto gettarlo nell'imbarazzo, si permette a questo donatario di separare i beni presenti da'beni futuri, e di fare dopo la morte del disponente una divisione, che quest' ultimo approverebbe per certo egli stesso, se vivesse, non volendo,che il suo beneficio rimanesse inutile. Questa divisione è motivata sulla diversità delle due nature di beni; rientra nel pensiero benefico del donante e nell' ordine delle sue previsioni sussidiarie; perciocchè s' egli avesse inteso, che una tale ozione fosse tolta al donatario, l' avrebbe instituito contrattualmente, e non gli avrebbe fatto una donazione; lo avrebbe fatto suo erede e non suo donatario.

2390 Ecco la differenza tra i due sistemi, ed è capitale; nulladimeno l'ordinanza del 1731 si è astenuta dal pronunziarsi per l' uno piuttosto che per l' altro. Questa ordinanza si adatta a tutti due, e consacrando la facoltà di dividere la donazione universale, lascia intatte le idee opposte, che dominavano il carattere di questa ozione nei paesi di dritto scritto e nei paesi consuetudinari. È questa una omessione involontaria a un silenzio calcolato? Crediamo, che l'ordinanza del 1731 ha avuto le sue ragioni per non dir nulla. Preferendo questo sistema all' altro, essa avrebbe pregiudicato dei considerevoli punti di dritto relativi alle instituzioni contrattuali e ferito dei principî e delle abitudini radicate. Nei paesi di dritto scritto si portavano le instituzioni contrattuali alla natura delle donazioni universali; nei paesi di dritto consuetudinario si faceva inclinare le donazioni universali

(1) L. 4, e 5, D., *De legatis*, 2.
(2) *De morib. Paris*, t. III, n. 23.
(3) Arg. della legge 20, D., *De optione legata*.
(4) *Success.*, 3, 2, 2, 42.
(5) Cons., d' Orléans, tit. 15, intr., n. 26.

(6) 4, 183, n. 9.
(7) V. la specie dell' arresto riferita da Henrys.
(8) Henrys, *loc. cit.*
(9) V. la medesima specie.

Digitized by Google

verso la natura d' instituzioni contrattuali. Ora decidere contra le idee dei paesi di dritto scritto, che il donante resterà padrone dei suoi beni presenti, e che egli potrà venderli ed alienarli, sarebbe stato fare per questo genere di disposizioni quello, che non si ammetteva per le instituzioni contrattuali, cui servivano di tipo. Sarebbe stato particolarmente un urtare le nozioni ricevute su i privilegi del testamento e comunicare questi privilegi alla donazione. Da un altro canto volere contro i paesi di dritto consuetudinario, che il donante avesse le mani talmente legate dalla donazione universale, che non potesse aiutarsi coi suoi beni presenti, sarebbe stato ferire i sentimenti esistenti relativamente alle donazioni, e contrariare delle pratiche inveterate nelle popolazioni. Epperò l' ordinanza si è astenuta; essa si piega ai due sistemi. Il donatario è stato messo in possesso dei beni presenti, come Henrys voleva per effetto di un uso, del quale la stessa ordinanza sembra riconoscere l' esistenza? (1) Egli è impossessato; il donante è spogliato; egli non può alienare quello, che non è più in suo possesso, quello, che più non gli appartiene. Ovvero non è ancora spogliato, ed intanto si avvisa di fare delle alienazioni e dei debiti che diminuiscono la donazione dei beni presenti? Il donatario ha un' azione contra del donante; egli può, anche in vita del donante, separare il presente dall'avvenire, e salvare il primo, senzachè gli si oppongano le obbligazioni risultanti dalla donazione dei beni futuri, la quale è ancora sospesa, e che egli potrà ripudiare nel giorno della morte. Così dunque i principî dei paesi di dritto scritto sono rispettati, e la donazione universale conserva la fisonomia, che in queste contrade le è naturale, e che si è riflettuta nell' instituzione contrattuale, quale essi la concepiscono.

Ora supponiamo, che la donazione universale abbia luogo ne' paesi di consuetudine, o che il donante secondo l' uso resti in possesso de' beni presenti. Egli può così bene venderli, obbligarli, ed aiutarsene in conformità delle idee ammesse, che il donatario, che dopo della sua morte ha accettato la donazione puramente e semplicemente, e che con ciò è tenuto di tutt' i debiti, secondo l' art. 17 dell' ordinanza, diviene per questo stesso garante delle alienazioni, ed è tenuto di farla valere. Occorre niente meno, che la divisione reclamata dopo la morte del donante, perchè, tenendosi ai beni presenti nel tempo della donazione, sfugga a' debiti posteriori contratti dal donante.

Così è avvenuto, che all' ombra dell' ordinanza del 1731 o della sua neutralità, i due ultimi sistemi sono vivuti sin al Codice Napoleone, restando ciascuno ne' loro limiti, e conservando malgrado un considerevole punto di contatto le diversità del loro carattere.

2391. Ciò premesso, conviene ora d'insistere sulle conseguenze più culminanti del quarto sistema, benchè si possa presentirle sin dal presente. Ciò è tantopiù necessario, che questo sistema è quello, cui il Codice Napoleone maggiormente si avvicina, e che con questo dettaglio prepareremo la conoscenza delle dottrine, delle quali la legge nuova ha voluto inspirarsi.

E dapprima ripetiamo, che la donazione di tutt' i beni è una prima dell' azione del donatario; ch' essa forma un tutto insieme dell'attivo e del passivo sino alla morte del donante, a che non è divisibile prima di questo avvenimento; che se il donatario non fa la sua scelta dopo la morte del donante in favore de' beni presenti, è tenuto di tutti gli atti, mercè i quali il donante ha venduto, permutato, ipotecato, creato de' debiti (2). Ciò sembra contrario à primo colpo d' occhio alla natura ed allo spirito della donazione e soprattutto alla parte della donazione, che tocca i beni presenti. Ma riflettendovi, tutto si spiega con una ragione semplicissima: il donatario avendo accettato i beni in massa e senza divisione, è tenuto di tutt' i pesi e debiti, poichè prende tutto l' emolumento.

Il che risulta dalla giurisprudenza del Parlamento di Parigi, come si fissò dopo qualche esitazione.

Ed in effetti Louet (3) si dimanda, « *an donatarius universalis, vel per modum quo-* « *tae omnium bonorum, teneatur ad debita?* » Questa è stata egli dico, una gran quistione, e dà la ragione della negativa; « altrimenti sa- « rebbe in potere del donante di rendere inu- « tile la donazione ». Egli aggiunge, esser ciò stato giudicato « *novissime* nella celebre cau- « sa aringata nel Parlamento tra la Regina « Margherita, duchessa di Valois ed i credito- « ri della Regina madre, Catterina de' Medici, « per la contea di Clermont; la provvisione è « stata aggiudicata contra de' creditori, *etiam* « che non vi fosse verun erede, in maggio « 1606 ».

« Quest' arresto fu pronunziato, come riferi- « sce Brodeau, dal sig. Presidente de Harlay, la « causa essendo stata aringata cinque intiere « mattine dal signor Omero Talon per la Regi- « na Margherita, e dal signor Dollè per Pietro « Codot, sindaco de' creditori della Regina « Catterina de' Medici, ed il signor avvocato « generale Servin. »

(1) Art. 15, argom., da queste parole. « Ancorchè il « donatario fosse stato messo in possesso, vivente il do- « nante ».

(2) *Infra*, n. 2413.

(3) Lettera D, somm. 69.

Digitized by Google

Servin ci ha conservato (1) le conclusioni, che egli ha dato in questa causa come avvocato generale. Sono lunghissime, affollate di citazioni, imbarazzate di digressioni, scritte in uno stile enfatico. Noi ne estraggbiamo quello che è necessario per farc comprendere qual' era la natura della donazione, che invocava la regina Margherita. Questa donazione risultava da una clausola del contratto di matrimonio del duca d'Orleans, quindi Errico II, con Catterina dei Medici. Si era detto: « Che il figlio primogenito, che verrebbe dal futuro matrimonio, « purchè fosse proprio alla milizia, entrerebbe « nella eredità paterna e materna a condizione, che egli dasse la porzione legittima ai suoi « fratelli, e la dote alle sue sorelle. — Che se « avvenisse, che non essendovi alcun figlio « maschio, l'eredità ricadesse alle figlie, questo figlio dividerebbero tra loro i beni ugualmente... Il che pure dovrebbo tenersi accordato, enachiuso, confermato per stipulazioni « tra i futuri maritati, altrimenti per donazione « tra vivi irrevocabile, o per ogni altro miglior « mezzo, che si potrebbe fare... Che la futura « sposa, se sopravvivesse, ricupererebbe la sua « dote sotto il patto, che donerebbe per donazione irrevocabile tra vivi sin da ora ai figli « del matrimonio i suddetti immobili col residuo dei suoi beni ».

Da queste clausole combinate risultava una donazione di beni presenti e futuri a favore di Margherita di Valois pel caso (che si è realizzato) della premorienza dei suoi fratelli — I creditori sostenevano, che questi patti di succedere si estendevano soltanto ai beni, che la donatrice doveva lasciare per la sua morte, e che tali convenzioni non impedivano, che il disponente potesse alienare i suoi beni tra vivi (2). Codesti creditori erano meritevoli di grande favore, perchè erano degli antichi servitori di Errico II e di Catterina. Nullandimeno Servin fu d'avviso, che i creditori della fu Regina madre non potevano dirigersi alla regina Margherita, che non era obbligata di soddisfarli, poichè non era erede della defunta regina, nè pretendeva ai suoi beni a titolo successorio, ma come sostituita per contratto di donazione fatto nel trattato di matrimonio di quella Regina sua madre, e conchiuse, che Margherita fosse messa in possesso dei beni donati senza alcun peso, nè garentia di debiti, ipoteche nè altre obbligazioni o alienazioni fatte dopo il detto contratto di matrimonio.

E siccome il sindaco dei creditori si era messo in possesso dei beni di Catterina dei Medici, la corte giudicò, dover essere questi beni provvisoriamente restituiti alla Regina Margherita, a favore della quale fu dichiarata aperta la sostituzione contenuta nella donazione tra vivi, fatta nel detto contratto di matrimonio del Re Errico II. Notate nondimeno, che nell' arresto del 1606 non vi fu nulla di deciso diffinitivamente in quello, che concerneva il pagamento dei creditori.

Ma più tardi il dritto dei creditori fu positivamente riconosciuto, e Bordeau ci dice, che vi fu arresto diffinitivo a loro favore, emesso nella gran camera a rapporto del signor Deslaades il 7 di settembre 1618 (3).

Questo arresto renduto in una circostanza solenne, pare avere fissata la giurisprudenza(4).

L' art. 17 dell'ordinanza del 1731 l'ha consacrato e la dottrina è rimasta imbevuta di questa idea. « Il donatario dei beni presenti e « futuri, dice Pothier, essendo tenuto di tutti i « debiti del donante, allorchè non si è circoscritto ai beni presenti, non può ripetere dai « terzi acquirenti quelli, che il donante avesse « alienati dopo della donazione; dapoichè è tenuto della obbligazione di garentia, che il « defunto donante ha contratto verso di loro, « e per conseguenza non recettibile nella di« manda, che produrrebbe contro di loro, se« condo la regola: *quem de evictione tenet actio « eum agentem repellit exceptio*. » Donde quella regola fondamentale nel quarto sistema, cioè che il donante di tutti i beni presenti e futuri può aiutarsi coi suoi beni, e che il donatario è legato dai suoi atti a titolo oneroso, a menochè nel tempo della morte non scinda la donazione, e che non scelga pei beni presenti.

2392. Per la stessa ragione il donatario, che non ha ripudiato i beni futuri, non può prendere ad un altro titolo e senza peso di debiti i beni presenti. Egli accetta la massa presso a poco come un crede; egli la possiede con la confusione dei beni presenti e dei beni futuri, e come il provvento totale, che gli è stato donato *ab initio* con tutte le incertezze di una donazione testamentaria. « L' ordinanza, dice il nuovo « Denizart (5), conserva in parte l'indivisibilità « del titolo del donatario. Essa non considera « la donazione dei beni presenti e futuri come « due donazioni distinte e separate, che abbiano ciascuna i suoi pesi particolari.

« Il donatario è obbligato di pagare la totalità dei debiti anteriori e posteriori sino alla « concorrenza della massa intiera dei beni ac« che la donazione de' beni presenti e futuri non vieta « di vendere o creare de' debiti ».

(1) Lib. 2, aring., 48.
(2) *Ibid.*, p. 453.
(3) *Aggiungi* Brillon, che riassume in questi termini l'arresto diffinitivo « giudicato il 23 febbraio 1608 nella « causa della Regina Margherita e Pietro Cadot, sindaco de' creditori della Regina Catterina de' Medici,
(4) V. un arresto del parlamento de' 13 marzo 1658, in Brodeau su Louet, lettera D, somm., 6, n. 7, e nel giornale delle udienze t. I, lib. 9, cap. 36.
(5) V. *Donaz., per contratto di matrimonio*, § 4.

« quistati dal donnnte, sia prima, sin dopo « della donazione. . . a menochè non si tenga « ai beni presenti ».

2393. Da un altro lato se è vero, che la mancanza di oziane lascia la donazione col suo carattere di unità, di universalità, di massa omogenea *a priori*, non è meno evidente, che la ozione fatta in tempo della morte può dividerla, e ridurla ad una donazione ristretta di beni presenti. Ella è dunque dominata dall'incertezza di un avvenimento, che può frangere la sua unità originaria; e solamente quando questo avvenimento succederà o mancherà, potrà sapersi, se dessa sarà trasformata in una donazione di beni presenti, o se rimarrà una, universale e che abbraccia tutto. Di lò questa conseguenza necessaria, che il donante deve restare in possesso sino al momento della sua morte di tutti i suoi beni, poichè la scelta può farsi solo a questa epoca. Frattanto il donante, conservando il possesso, può fare delle alienazioni a titolo oneroso, ma esse sono incerte sino al momento della morte del donante, e sono convalidate o infermate in questo momento secondo la volontà del donatario.

2394. Ne risulta pure, che la disposizione intiera è caduca per la premorienza del donatario e della sua posterità, mentrechè se si considerasse la donazione dei beni presenti come tuttaffatto indipendente dalla donazione dei beni futuri, i beni presenti sarebbero a rigore trasmessibili agli eredi, quali si siano, del donatario premoriente, e solo la donazione dei beni futuri sarebbe caduca (1). Ma non potrebbe essere così nel sistema, del quale cerchiamo di precisare lo spirito. La donazione universale non essendo stata modificata da un'ozione, che la premorienza del donatario rende oramai impossibile, resta col suo carattere primitivo, e si riduce al dono di quello, che resto nella morte del donante. Ora il donatario essendo morto prima di questo momento, la donazione diviene caduca come un legato o una instituzione contrattuale.

2395. Chabrol, che scriveva per la provincia di Auvergne, ove i principi del dritto scritto avevano una grande autorità, ha ammesso questa soluzione, e la sua opinione può giustificarsi col paragone, che fa delle instituzioni contrattuali e delle donazioni universali. Abbiamo detto spessissimo, che l' instituzione contrattuale e la donazione dei beni presenti e futuri hanno sempre avuto delle grandi rassomiglianze. La instituzione contrattuale essendo caduca per la premorienza dell'istituito senza posterità, Chabrol esamina, se non deve essere lo stesso nella donazione universale, e si pronunzia per l'affermativa, considerando, che *Donatarius quo tae est haeres*. Egli scorge non solo obbiezione alla sua decisione, ed è quella, che si trae dal dritto di ozione, riserbato al donatario, e dimanda a sè stesso, se il dritto di dividere la donazione non cambia la sua condizione a tale riguardo. Ma confuta questa obbiezione per le seguenti ragioni. « È importante di sapere (2), « se la donazione universale impossessa il do« natario dall' istante del contratto di matrimo« nio; di modochè in caso di premorienza egli « trasmette i beni donati ai suoi eredi collate« rali, o se il donatario venendo a morire senza « figli prima del donante, la donazione diviene « caduca; infine, se lasciando dei figli, costoro « prendono i beni donati per via di trasmessio« ne, o se li raccolgono per un dritto proprio « loro, *jure suo*, di maniera, che ne possono « profittare senza essere eredi del loro padre, « e per conseguenza senzachè il padre abbia « potuto disporne a loro pregiudizio, e che egli« no siano obbligati di pagare i suoi debiti ».

«...Noi crediamo, che la donazione dei beni « presenti e futuri svanisce come l'instituzione « di erede per la premorienza del donatario « senza figli ».

«... Egli è vero, che un donatario di beni « presenti e futuri può dividere, e tenersi ai « beni presenti, e che in questo caso la dona« zione non sussiste più, che come donazione « dei beni presenti...»

« Ma per potér fare la donazione dei beni « presenti e futuri occorre necessariamente di « essere capace di raccogliere e di prendere a « sua scelta le due specie di beni o l' una di « esse soltanto; questa scelta non potrebbe farsi, « che alla morte del donante. Il donatario adun« que non può optare, se è di già premorto.

« L' erede collaterale del donatario non ha « dritto neppure di fare questa divisione, per« chè non è possibile, che abbia qualità per « raccogliere i beni futuri. La donazione uni« versale non è almeno inquanto ai beni futuri, « che una vera istituzione di erede. Ora una in« stituzione di erede non può passare ad un « collaterale dell' erede istituito; essa secondo « la consuetudine impossessa solo i coniugi ed « i loro discendenti, avvenuto il caso; essa dun« que non impossessa i collaterali. Se nella do« nazione dei beni presenti e futuri il collaterale « non è abile a raccogliere le due natura di be« ni, la conseguenza sembra indubitabile, che « degli eredi collaterali del donatario, non « avendo veruna pretensione a fare valere sui « beni futuri, non possono distaccarne i beni « presenti con un' ozione, che la legge deferi« sce solamente a colui, al quale accorda con« temporaneamente i beni presenti e futuri.

« . . . .

(1) V. Furgole, sull' art. 17 dell' ordin., p. 167.

(2) Sull' art. 26, cap. 14 t. II, p. 369.

« Siccome una simile donazione passa ai figli, vi è luogo di dire, che eglino ancora hanno il diritto di ottare e di dividere ».

Da questo frammento si vede, che Chabrol mescola un poco le idee del diritto scritto con le idee del diritto consuetudinario, e se ne sarà anche più convinto, leggendolo per intiero. Dapoichè si poggio in ogni istante sull' autorità di Ricard, che nonpertanto era stata condannata dall' ordinanza del 1731. Quello, che vi è di certo, si è, che l' ordinanza del 1731 aveva prodotto negli animi certi ravvicinamenti, e che qualcuna delle sue decisioni, specialmente quella relativa alla nullità totale della donazione dei beni presenti e futuri, fatta fuori il contratto di matrimonio (1), aveva fatto fare dei progressi alla dottrina, che vedeva nella donazione fatto in favore del matrimonio, il dono originario di una massa una e compatta, che abbraccia l' eventualità di quello, che vi sarà in tempo della morte; che di là risultava, da una parte, che la ipotesi delle due donazioni distinte *a priori* s' indeboliva, e che dall' altra la donazione universale, sinchè non era stata scissa per l' ozione dopo la morte del donante, appariva come fraternizzando con le disposizioni testamentarie.

Checchè ne sia l'opinione di Chabrol si poggia su di un primo arresto del parlamento di Parigi dei 18 di giugno 1731, renduto a rapporto del signor Pasquier, e su di un arresto più recente dei 28 di maggio 1764 renduto a rapporto del medesimo magistrato. « Questo arresto, dice Chabrol, ha confermato una sentenza del baliaggio d' Aurillac, che aveva così giudicato questa quistione tra delle porti di questa provincia a favore della signora di Senerzergues. Essa aveva fatto una donazione di tutti i suoi beni presenti e futuri a suo figlio col suo contratto di matrimonio; e morì nel Canadà senza posterità... L'arresto giudicò la donazione caduca per la premorienza del donatario senza figli (2) ».

Ciò premesso e con tali antecedenti non bisogna stupirsi, che la quistione di sopravvivenza sia stata giudicata nel medesimo senso dagli arresti intervenuti dopo del codice Napoleone negli antichi paesi di diritto scritto, sotto l' impero dei fatti anteriori alla nuova legge. Si può sopratutto consultare un arresto della corte di cassazione dei 19 di dicembre 1843, renduto a rapporto del signor Mesnard (3).

2396. Notate nondimeno, che nel pensiero del relatore, questa decisione renduta su di un processo venuto dalla corte di Riom, non attenta al sistema dei paesi di diritto scritto, che volevo, come noi l'abbiamo detto più sopra(4), e come Chabrol lo dichiara formalmente, che la donazione « fosse rivestita di un carattere di attualità in quello che concerne i beni presenti ». Questa frase si trova per intiero nell' arresto ed è rimarchevole; solamente l'arresto lega questa donazione ad una condizione di sopravvivenza del donatario, che venendo a mancare, fa svanire la donazione (5).

Di là questa importante conclusione, cioè che dall' essersi nei paesi di diritto scritto rigettata l' opinione di Furgole in quanto concerne la quistione di sopravviveoza, non siegue, che si sia abbandonata in quanto concerne i limiti apportati al diritto del donante di disporre dei suoi beni presenti a titolo oneroso. L' antagonismo a tal riguardo resta, anche nel punto, in cui siamo pervenuti, tra il terzo sistema ed il quarto.

2397. Eccoci giunti al codice Napoleone. Quale sistema ha egli abbracciato? Quale partito ha prescelto in seguito di questa lunga elaborazione? Il sistema del codice Napoleone si riassume in termini semplicissimi. Esso permette di dividere la donazione universale dei beni presenti e futuri, di talchè alla morte del disponente il donatario può limitarsi ai beni presenti, e rinunziare al dippiù dei beni. Il codice non ha potuto ricusare al donatario questo vantaggioso partito, dappoichè se il donante ha contratto molti debiti dopo della donazione, il donatario, che si tiene ai beni presenti, non è obbligato di pagare i debiti posteriori alla donazione, mentrechè se accettava la donazione intiera, sarebbe stato obbligato al pagamento di tutti i debiti (6).

La divisione è fondata su che l' aggiunzione dei beni futuri è stata introdotta unicamente a favore del coniuge donatario, e che nel caso, in cui la successione fosse oberata di debiti, bisogna, che questo favore non gli sia oneroso. Ed in effetti è un principio in materia di donazione, che la liberalità non deve divenire un peso per colui, cui si dirige.

In questo il codice Napoleone è stato più logico dell' ordinanza del 1731, dapoichè resta di accordo con se stesso, permettendo di dividere un atto, che l'art 943(a) taglio in due, onde

(1) *Sopra*, n. 1195.

(2) *Aggiungi* Rousseau della Combe, Giurisprud. civ. v° *Donaz.*, nota 2, sull' art. 17 dell' ordin. del 1731.

(3) Devill., 44, 1, 273. *Palazzo*, t. XLII, p. 367.

(4) N. 2387.

(5) È stato del pari giudicato per applicazione della ordinanza, che in caso di morte del donatario de' beni presenti e futuri prima del donante e senza posterità, la donazione era caduca non solamente pe' beni futuri, ma anche pe' beni presenti. Besansone, 5 gen. 1810. (Devill., 3, 2, 179.) Limoges, 8 gen. 1828. (Devill., 9, 2, 3.) Cassaz., ricorsi, 3 febb. 1835. (Devill., 35, 1, 184. *Palazzo*, t. XXVI, p. 1344).

(6) Argom., *Instit. al dritto francese*, t. I, p. 274. Ricard, part. 3, cap. 11. Furgole, sull' art. 17 dell'ordin., del 1731, t. V, p. 164.

(a) Leggi civili art. 867. *Il trad.*

non annullare per l'intiero la donazione dei beni presenti e futuri, fatta fuori del contratto di matrimonio (1); mentre invece l'ordinanza del 1731, che annullava per l'intiero la donazione universale fatta fuori il caso del contratto di matrimonio permetteva di scinderla, quando era fatta nel contratto di matrimonio.

Questa facoltà di dividere la donazione stabilisce una differenza ben marcata tra questo genere di liberalità e l'instituzione contrattuale. L'instituzione contrattuale fa un erede; ora la qualità di erede è una, e produce degli effetti indivisibili (2). L'erede che accetta una parte, accetta il tutto, nè si può essere erede per parte, ripudiando in parte. Al contrario la donazione universale non fa, che un donatario e non un erede, e siccome la donazione si compone di due elementi divisibili, il donatario, che non deve essere leso dal benefizio, che riceve, può prendere l'elemento vantaggioso, e ripudiare quello, che non l'è.

È vero, che sovente si trova negli autori una assimilazione tra la donazione dei beni presenti e futuri e l'instituzione contrattuale. Ma questa assimilazione non è esatta, se non nella bocca degli autori, che come Ricard e Lebrun, rigettavano la divisione della donazione. Essa manca di verità, almeno in molti punti, quando è deciso, come lo è dall'art. 1084, essere la donazione divisibile.

2398. Ciò non è tutto, ed il codice più preciso dell'ordinanza del 1731, decide in termini espressi, che l'opzione del donatario può farsi utilmente solo in tempo della morte del donante. Si riconosce qui il sistema di Brodeau e di Pothier. Le conseguenze ne sono palpabili, e noi l'esporremo or ora

2399. In fine il codice non si arresta là, ed affinchè il donatario possa profittare del benefizio della separazione vuole, che sia annesso all'atto uno stato dei debiti e pesi esistenti nel tempo della donazione. Senza di questa formalità il donatario deve accettare la liberalità tale, qual è: egli non potrebbe dividerla, e bisogna, che accetti o ripudi per l'intiero. Il codice ha richiesto questa condizione a fine di fare conoscere i debiti di una maniera precisa, e per non confondere i pesi posteriori con quelli, che sono anteriori alla donazione (3).

Del resto ecco i motivi, che il signor Bigot de Preameneu dà di questa precauzione (4), che è una disposizione del tutto nuova, che la ordinanza del 1731 non aveva emessa, ma della quale la giurisprudenza aveva intraveduta la necessità (5).

« Lo sposo, al quale erano stati donati i beni « presenti e futuri, aveva nella morte del do- « nante il diritto di prendere i beni esistenti « nell'epoca della donazione, rinunziando ai « beni futuri, o di raccogliere i beni come si « trovavano nel tempo della morte. Quando il « donatario preferiva i beni, che esistevano nel « tempo della donazione, numerose liti, e che « un lungo intervallo di tempo rendeva il più « sovente inestrigabili, si elevavano sulla fissa- « zione dello stato della fortuna in questa stessa « epoca; era pure questo un mezzo di frode ver- « so dei creditori, i di cui titoli non avevano « data certa. Il favore del matrimonio non deve « fare nulla d'incompatibile col riposo delle « famiglie e la buona fede. Epperò è ne- « cessario, che il donante, che vuole donare « la scelta dei beni presenti o dei futuri, an- « netta all'atto uno stato dei debiti e dei pesi, « allora esistenti, e che il donatario dovrà « sopportare; se no il donatario potrà nel caso, « in cui accetterà la donazione, reclamare i « soli beni, che si troveranno in tempo della « morte ».

Da ciò siegue, che il legislatore consegue un doppio scopo; stabilisce una precisa demarcazione tra la situazione nel momento della donazione e la situazione posteriore. Fa riposare su di una pruova contemporanea uno stato di cose, che non poteva constatarsi, che per dei mezzi tardivi. Da un altro lato stabilisce agli occhi dei terzi il carattere misto della donazione, e fa loro sapere, poter essere essa divisa nel tempo della morte. Egli li tiene in guardia contra l'instabilità delle obbligazioni, che il donante potrà contrarre sui beni presenti.

Del resto si rimarcherà, che lo stato dei debiti deve emanare dal donante, come il signor Bigot ne fa la giustissima osservazione. Ed in effetti come il donatario potrebbe fare uno stato dei debiti, che non conosce? È stato pure giudicato con arresto del parlamento di Tolosa dei 17 di giugno 1672, che il donatario non può dimandare, che sia fatto un inventario delle cose donate in vita del donante (6); nè può esigere neppure l'inventario dei beni esistenti.

2400. Vediamo adesso le conseguenze di tutto questo. Vi sono degli effetti, che si producono in vita del testatore; ve ne sono degli altri, che non si producono, se non dopo della sua morte. Esaminiamoli in quest'ordine.

E dapprima poichè il donatario non può fare, che tassativamente in tempo della morte del donante l'ozione, a lui riserbata dall'art. 1084, e che l'effetto della donazione è differita sino

(1) *Supra*, n. 1193.
(2) *Supra*, n. 2367.
(3) Limoges, 19 di marzo 1811, (Devill., 41, 2, 442).

(4) Esposizioni de' motivi (24 aprile 1803); Locré, t. XI, p. 418; Fenet, t. XII, p. 569.
(5) Rousseau, della Combe, sull'ordin. del 1731, art. 17.
(6) Brodeau su Louet, let. D, somm. 51, n. 9.

Digitized by Google

a quest' epoca, risulta, che il donatario non può domandare l'esecuzione, pendente la vita del donante, e che non potrebbe farsi investire prima della morte di questo ultimo nè dei beni presenti nè dei beni futuri a misura dei loro acquisti. Con ciò si trovano proscritti il primo ed il secondo sistema anteriori al codice Napoleone, ed il donante non ha bisogno di ritenere l'usufrutto per rimanere in possesso sino al giorno della sua morte. Il donatario non è ancora proprietario; può solo divenirlo(1), nè la mutazione succede attualmente (2).

Del resto questo è quello, che si trova, almeno implicitamente, in un avviso del consiglio di stato dei 20 di decembre 1809.

Il consiglio di stato veniva interrogato sulla quistione, se in una donazione di beni presenti e futuri, fatta con contratto di matrimonio, il dritto proporzionale di registro è dovuto pei beni presenti, allorchè è stipulato, che il donatario entrerà immediatamente in godimento.

Il consiglio....

« Considerando, che il dritto di riversione « in caso di sopravvivenza da parte del donante « le conformemente all'art. 1089 del codice; nè « la riduzione alla quota disponibile ai termini « dell' articolo 1090 impediscono, che il godimento, che venisse immediatamente accordato per contratto di matrimonio, non sia una « vera mutazione; »

« È stato di avviso, che per le donazioni dei « beni presenti e futuri il dritto proporzionale « è dovuto pei beni presenti, quando è stipulato, che il donatario entrerà in possesso immediatamente (3) ».

Evidentemente il consiglio suppone, che onde il donatario entri in godimento dei beni presenti, bisogna una stipulazione espressa nella donazione. Dunque di pieno dritto e giusta l'indole della donazione dei beni presenti e futuri, il donatario entra in godimento soltanto dopo la morte del donante.

2401. Bisogna andare più lontano, e dire, che non solamente il donante resta in possesso, ma che anche può alienare a titolo oneroso i beni presenti nel modo, che un buon padre di famiglia può farlo pel movimento dei suoi affari. Per lo che non bisogna tener conto del sistema di Furgole, nè delle idee del dritto scritto, le quali idee non sono in materia di donazione universale più ammessibili, che in materia d' istituzione contrattuale. Il donante ha dritto di amministrare, di obbligare, d'ipotecare, di vendere i beni presenti nel momento della donazione. Perciocchè ha inteso di fare an tutto insieme della sua fortuna, e donare soltanto, per verità sotto la riserva di una donazione eventuale, quello, che esisterà nel momento della sua morte. Il donatario, che in tempo della morte accetta la donazione in tutta, è tenuto di rispettare tutti gli atti del donante, di adempiere le sue obbligazioni, di pagare i suoi debiti. Non si può dire nulla di più forte per confermare la nostra proposizione, e mettere fuori di dubbio il dritto del donante. *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.*

Solamente, se è stato fatto uno stato dei debiti, e che il donatario voglia ripudiare i beni futuri per tenersi ai beni presenti in tempo della donazione, potrà fare risolvere le alienazioni, fatte dal donante. Imperocchè non è tenuto delle obbligazioni posteriori alla donazione; può fare rimettere le cose al punto, in cui erano in tempo di questa donazione; è questo il vantaggio dell'ozione; è la sanzione della donazione; è il segno dello spossessamento, che in una misura qualunque deve trovarsi in un atto di donazione.

2402. Poichè il donante conserva la proprietà ed il godimento dei suoi beni sotto la riserva dell' ozione; poichè il donatario non può impedire il donante di alienarli sotto una condizione risolutiva, ne siegue, che i creditori del donante hanno il dritto di pignorare e mettere in vendita la proprietà dei suoi beni, tale quale l' ha egli conservata. E siccome essa è una proprietà risolubile, è conveniente, che i capitoli di vendita mettano a conoscenza degli amatori l'eventualità, alla quale l'aggiudicatario sarà esposto. Lo stesso donatario può dimandare l' inserzione di una indicazione di tale natura, ma eccederebbe il suo dritto, se andando al di là, volesse opporsi all' aggiudicazione (4).

2403. Diciamo, poter mettere in vendita i creditori la stessa proprietà, qualunque risolubile. Non bisognerebbe vedere nulla di contrario a questo pensiero in un arresto della corte di Bordò dei 19 luglio 1831, che autorizza solo il pegnoramento dell' usufrutto, imperocchè questo arresto è stato determinato da circostanze particolari. Il tribunale di prima istanza sotto l' influenza indubitatamente di una clausola della donazione, che riservava al donante

(1) Duranton, t. IX, n. 736. Coin Delisle sull' art. 1084. Zachariae, § 740, t. V. p. 539, ediz. Aubry e Rau.

(2) Cassaz, ricorsi, 1.º dicembre 1829 (Devill., 9, 1, 396; *Palazzo*, 22, 1563). Cassaz., cap. civ., rig. 15 febb. 1830 (Devill., 9, 1, 452). Cassaz., 17 mag. 1815 (Devill., 5, 1, 52; *Palazzo*, 2, 733). Cassaz., 14 maggio 1823 (Devill., 7, 1, 246).

Non vi è nulla di contrario in due arresti della Corte di cassazione degli 11 genn. 1827 (Devill., 8, 1, 503), e 3 luglio 1827 (Devill., 8, 1, 630). Questi due arresti sono stati renduti su de'fatti anteriori al Codice, e si riattaccono tutti due alla legislazione de' paesi di dritto scritto.

(3) È riportato nell' opera de' sig. Championnière e Rigaud, t. IV. p. 108, n. 2956.

(4) Bordò 19 luglio 1831 (Devill., 31, 2, 341; *Palazzo*, 24, 51).

il godimento e l'usufrutto dei beni donati, aveva ridotto il pegnoramento a questo usufrutto. Ed in appello non bisogna credere, che il creditore pegnorante fosse quegli, che si dolesse di questa limitazione; al contrario dimandava, che fosse annullata la donazione, probabilmente perchè non aveva interesse ad insistere per ottenere un pegno maggiore dell'usufrutto, che gli permetteva di essere soddisfatto per intiero. L'appellante era il donatario, che per la ragione di avere fatto il donante riserva dell'usufrutto, pretendeva, avere la donazione investito esso donatario della nuda proprietà, e che perciò il creditore aveva agito in contravvenzione dell'art. 2205 del codice Napoleone (a), facendo pegnorare una cosa indivisa(1) prima di avere fatta fare una divisione della cosa indivisa, obbietto del pegnoramento.

Ora il donatario esagerava il senso della riserva di usufrutto nel pensare, che il donante aveva voluto fare altra cosa, tranne-chè porsi nel dritto comune. La corte sviluppa per provarlo degli eccellenti motivi, e termina col dire all'appellante (riassumo e traduco le sue considerazioni: « Che! voi vi dolete della « sentenza della prima istanza! Ma essa ha « fatto per voi più di quello, che avrebbe do« vuto fare. Essa ha limitato il dritto di pegno« ramento all'usufrutto, mentre avrebbe potuto « farlo cadere sulla stessa proprietà. Il vostro « appello dev'essere dunque annullato ».

Si vede, essere questo un arresto di specie, che non potrebbe menare a conseguenza. Ma i motivi ne sono assai giuridici, e contengono una dottrina buona da consultare.

2404. Arriviamo all'epoca della morte del donante.

In questo momento gli effetti della donazione de' beni presenti e futuri variano notabilmente secondochè sono stati de' debiti e pesi del donante, esistenti nel giorno della donazione, è stato oppur no annesso all'atto di donazione. Se quì sia stato si è annesso, il donatario ha l'ozione tra'beni presenti ed i beni futuri; se non si è annesso, egli non è più, che un donatario di beni futuri (2)

Quando il donatario, avendo il diritto di scegliere a causa dello stato annesso, sceglie i beni presenti, la donazione produce tutti gli effetti di una donazione tra vivi di beni presenti. Egli subisce solo i debiti e pesi esistenti nel giorno della donazione ed enunciati nello stato annesso. Come ogni donatario sotto un simile peso, egli ha la libertà o di pagare i debiti per conservare i beni, o di abbandonare i beni a' creditori a fine di non essere più a nulla tenuto verso di loro (3). È riputato di essere stato proprietario de' beni dal giorno del matrimonio. Egli ha dritto al possesso ed ai frutti, come un donatario tra vivi, senza forsi consentire il rilascio dall'erede impossessato. Se degl'immobili sono stati alienati, anche a titolo oneroso, dal donante dopochè la donazione è stata trascritta, egli li rivindicherà da tutti i terzi possessori. Infine gli si applica tutte le regole d'una donazione tra vivi di beni, dei quali il donatario è stato impedito di entrare in possesso sin all'avvenimento della condizione.

2405. Abbiamo detto, che il donatario dei beni presenti e futuri, che sceglie pe'beni presenti, deve pagare tutt'i debiti esistenti nel giorno della donazione, e constatati dallo stato annesso. Sotto l'impero de' fatti regolati dall'antica giurisprudenza, e quando uno stato di debiti non era richiesto, la corte di Nimes ha deciso, non essere il donatario tenuto di un debito contratto nel momento stesso della donazione, e constatato da quest'atto.

Un signor Jaunes marita sua figlia, e le fa donazione per contratto di matrimonio de' 6 frimaire an. 6 della metà di tutti i suoi beni presenti e futuri. Nel medesimo atto si riconosce debitore verso suo genero d'una somma di 1200 franchi versati nel momento stesso del contratto. In morte del padre un creditore del genero pretende, che la figlia, che ha scelto pe' beni presenti, non deve meno pagare la detta somma.

La corte di Nimes (4) ha giudicato, non essere il donatario tenuto di questo debito, che non era un peso de' beni, nel momento, in cui sono stati donati.

Sotto il codice Napoleone sarebbe difficile di giudicare così, se lo stato de'debiti contenesse la menzione del debito così contratto. La donazione conterrebbe in tal caso un peso espresso, e questo peso non sarebbe esorbitante, poichè si tratta di un debito contemporaneo della donazione, di un debito esistente nel giorno della donazione, come dice l'art. 1084. D'altronde esso ha potuto essere contratto per far onore a de'debiti anteriori, per pagare delle riparazioni e de' miglioramenti de' beni presenti, di talchè il debito, constatato nel contratto di matrimonio, può essere un debito contemporaneo solamente in apparenza, e che può riferirsi ad un tempo anteriore.

2406. Con più forte ragione sarebbe così, se nel momento del contratto di matrimonio il donante si riconoscesse debitore di una somma, che gli è stata data anteriormente; questo è un debito, che il donatario deve soddisfare, benchè abbia scelto pe' beni presenti (5).

(a) Leggi civili art. 2106. *Il trad.*
(1) *Loc. cit.*
(2) *Sopra*, n. 2397.
(3) *Sopra*, n. 1217, ed *infra*, n. 2451.
(4) Nimes, 2 febb. 1830 (Devill., 9, 2, 357; *Palazzo*, 23, 120).
(5) Lo stesso arresto di Nimes.

Digitized by Google

2407 Quando tra'beni, che aveva il donante nel momento della donazione, si trova un credito d'una somma di denaro, e che questa somma di denaro più tardi è stata investita in un immobile mercè una dazione in pagamento, il donatario, scegliendo pe' beni presenti, può mai dirsi proprietario di quest'immobile e rivendicarlo? Non è piuttosto un bene futuro?

Delle ragioni preponderanti rendono quest'ultima opinione più probabile. Il donante era creditore di una somma di denaro; il donatario ha dritto a questa stessa somma, ma egli non può elevare la pretensione di seguirla in tutte le trasformazioni, che per volontà del donante avrà subito. Vi sarebbero nel sistema contrario gravi inconvenienti. I terzi, che hanno trattato col donante relativamente a quest'immobile acquistato dopo della donazione, non hanno dovuto temere l'effetto dell'ozione del donatario; e senza loro colpa sarebbero esposti ad un pregiudizio pressochè inevitabile, se la scelta del donatario agisse retroattivamente su questo immobile. La donazione non contenendo l'indicazione speciale di quest'immobile, non poteva, ancorchè fosse stata trascritta, avvertire i terzi interessati del pericolo, che li minacciava. Infine spesso è difficile di discernere ne'titoli di proprietà l'origine del denaro impiegato nell'acquisto.

Questa opinione è la più favorevole alla circolazione de'beni ed alla sicurezza de'terzi, ed è stata consacrata dalla corte di Bordò (1).

2408. Del resto si può vedere più sopra (2) alcune quistioni, che si riferiscono al punto di sapere, quali beni debbono essere annoverati nella classe de' beni presenti o de' beni futuri.

2409. Vedremo per l'art. 1089, che se il donatario muore prima del donante, la donazione è caduca relativamente a lui sia pe' beni presenti, sia pe'beni futuri; ma che i figli nati da questo matrimonio gli sono sostituiti volgarmente, come questo ha luogo nel caso d'instituz one contrattuale (3).

Ne siegue, che i figli esistenti nel giorno della morte del donante hanno il dritto, che il loro padre avrebbe avuto, se fosse sopravvivuto, di dividere la donazione e di scegliere pei beni presenti, rinunziando a' beni futuri. Questo dritto fa parte della sostituzione, ed i figli l'esercitano non come eredi del padre loro, ma *jure suo*. Non bisogna più arrestarsi sotto il codice Napoleone all'opinione di Furgole (4), di Chabrol (5) e di altri, che hanno ragionato sotto l'impero delle idee de'paesi di dritto scritto, e che movendo dal principio, avere la donazione un effetto attuale in quello, che concerne i beni presenti, decidevano, che i figli, che ottavano pe' beni presenti, non facevano, che succedere ad alcuna cosa, della quale il loro padre era stato impossessato, e ch'essi trovavano nella sua successione. Queste nozioni non sono applicabili sotto il codice Napoleone, che non vede nella donazione cumulativa de' beni presenti e futuri due donazioni distinte originariamente, l'una tra vivi, l'altra a causa di morte. La premorienza fa cadere le donazione per l' intiero, e quindi i figli sono sostituiti al loro padre, anche per lo tutto, e quando eglino scelgono pei beni presenti, prendono *jure suo*, e non come eredi.

La conseguenza di questa ozione si è, ch'eglino possono fare risolvere le alienazioni e le obbligazioni, che avessero potuto fare diminuire l'emolumento della donazione, nel momento, in cui è stata fatta. Il donante ha avuto in vista i figli da nascere del pari, che il padre loro, quando ha donato, ed ha contratto verso di loro le stesse obbligazioni.

A ciò si fa una obbiezione, che ci sembra poco grave. Si dice: poichè la donazione si trova trasformata per mezzo dell'ozione in una donazione di beni presenti, e che i figli sono riputati impossessati retroattivamente a contare dal giorno del contratto, non si perviene forse a questo bizzarro risultamento, che è di fare, che questi figli esercitino un diritto di proprietà, che risale ad un'epoca, nella quale non ancora erano nati, e nella quale non potevano acquistare? E come non essere colpito da questa situazione contraria a tutte le regole?

Noi rispondiamo, non esservi nulla di meno saggio, che il volersi poggiare sulla regola, quando si è nell'eccezione, e di giudicare delle materie anormali col diritto comune. Nei contratti di matrimonio, che non hanno altro scopo, che i figli, questi sono in qualche modo parti nel patto di famiglia. Il donante, che ha gratificato il padre col suo contratto di matrimonio, non ha così agito, che *ad spem liberorum*. Epperò la liberalità è incontrastabilmente acquistata dal giorno del contratto dal padre e da'suoi figli, e costoro sono tacitamente sostituiti in virtù di una presunzione fondata sull'affezione (6). Poichè è indubitato, potersi fare per contratto di matrimonio certe disposizioni a favore de'figli da nascere (art. 1082 e 1086), bisogna, che queste disposizioni producano delle conseguenze utili; e per ottenerle bisogna passar sopra la regola ed ammettere l'eccezione. Dall'istante, che si ammette, che il figlio da nascere è riputato nato per legare ed obbligare irrevocabilmente il donante, bisogn' anche am-

(1) 26 maggio 1830 (Devill., 9, 2, 445. *Palazzo*, 23, 507).
(2) N. 1199.
(3) *Sopra*, n. 2357, arg. dell' art. 1082.
(4) Sull' art. 17 dell' ordin. del 1731.
(5) Su Auvergne, cap. 14, art. 26, sez. 15, p. 373 (penultimo comma).
(6) Brodeau su Louët, lettera S, somma 9, n. 10.

mettere senza stupirsene, ch'egli è riputato nato per raccogliere i benefizi di quest'obbligazione.

2410. Una quistione più utile consiste nel sapere, quale partito si deve prendere, se i figli non sono di accordo sulla scelta da farsi; l'uno può volere tenersi a' beni presenti, l'altro accettare i beni futuri. In questo caso il miglior mezzo è di considerare quello, che vi è di più utile; *quid utilius*, e di dividere la donazione o di farla sussistere nel suo intiero, secondochè il donatario, quale si fosse stato, vi avrebbe trovato maggiore vantaggio (1).

2411. Mettiamoci ora nell'altro termine dell'ozione, e supponiamo, che il donatario abbia accettata la donazione cumulativa; quali sono allora i suoi dritti ed i suoi doveri? Rimarchiamo prima di andare più oltre, che la nostra soluzione su questo punto sarà la stessa di quella, alla quale bisognerà giungere nel caso, in cui il donatario, non avendo avuto il diritto di tenersi a'beni presenti, perchè non vi era annesso alla donazione lo stato de'debiti, ha accettata tutta la donazione. Sono queste due situazioni perfettamente simili, sì che definire l'una è definire l'altra.

E dapprima è costante, essere tenuto il donatario di rispettare le alienazioni a titolo oneroso, che il donante ha fatto nel libero e leale esercizio del suo dritto di proprietà, e ch'egli deve pagare tutt'i debiti esistenti nel momento della morte.

È questo un punto positivamente consacrato dall'art. 1085, e che non potrebbe incontrare sotto il codice Napoleone le difficoltà, dalle quali era circondato nell'antica giurisprudenza. Noi abbiamo esposto qui sopra queste difficoltà, che derivano dalle differenze, ch'esistevano tra' paesi di dritto scritto ed i paesi consuetudinari sulla maniera di guardare le donazioni universali.

2412. Così per la tendenza, che gli autori dei paesi di drittu scritto avevano di assoggettare per quanto era possibile la donazione dei beni presenti e futuri alle regole ed all'irrevocabilità delle donazioni tra vivi, essi ammettevano sin da principio l'indisponibilità assoluta dei beni presenti del donante e l'impossibilità per costui di disporre a titolo gratuito dei suoi beni futuri (2). Nulla è più certo del primo punto (3). Il secondo è attestato da Furgole(4). « Qualunque il donante possa annoverare alla « donazione dei beni futuri, contraendo dei de« biti non può nuocervi con delle donazioni « tra vivi, nè con delle disposizioni testamenta« rie o a causa di morte ».

Le medesime regole sono state consacrate da un arresto del parlamento di Tolosa dei 14 di decembre 1594 (5). « Un padre, maritando sua « figlia, gli dona la terza parte dei suoi beni « presenti e futuri; dopo la morte del padre lo « erede dimanda, che la figlia sia tenuta di « pagare per la sua terza parte le legittime, i « legati, e spese funebri. . . Venne giudicato, « essere la figlia obbligata di soddisfare la terza « parte dei debiti, disponendo diversamente pei « legati, legittime, ed onori funebri, che la « corte ordinò di essere pagati sugli altri due « terzi dei beni ».

2413. Per lo contrario nei paesi di consuetudine ogni volta, che il donatario non faceva la divisione, prendeva i beni come un sol tutto, nel quale i beni presenti ed i beni futuri erano misti e confusi; il donante veniva riputato di non avere voluto dare altro, che la sua successione, e, come diceva Lebrun, l'emolumento esistente in tempo della sua morte; e di là movendo, il donatario era tenuto di tutti gli atti del donante e di tutti i suoi debiti (6). Doveva egli del pari rispettare le alienazioni a titolo gratuito del donante, ci varinva soltanto intorno alla estensione ed alla misura (7).

2414. Il codice ha preferito questo sistema a quello dei paesi di dritto scritto, e vi è un punto solo, sul quale lascia un istante di esitazione; quello che tocca le alienazioni a titolo gratuito. Dicendo nell'art. 1085, che il donatario potrà reclamare i soli beni esistenti nel giorno della morte del donante, sembra a primo colpo d'occhio di esigere la ratifica delle alienazioni a titolo gratuito come delle alienazioni a titolo oneroso.

Ma l'analogia della situazione del donatario, che prende i beni futuri, con quella dell'instituito contrattuale deve determinarci ad interpretare l'art. 1085 per mezzo dell'art. 1083, e bisogna decidere, che il donante de' beni presenti e futuri è stato incapace di disporre a titolo gratuito degli oggetti compresi nella donazione, tranneché per somme modiche a titolo di ricompensa (8). Non è da credere, che il legislatore abbia voluto mostrarsi verso del donatario meno favorevole di quello, che lo è stato verso l'instituito contrattuale. Il primo raccoglie in virtù di un atto, che ha il carattere di una pura liberalità; il secondo è chiamato a raccogliere il patrimonio tale, qual è, ed a continuare la persona del disponente. Se uno dei due deve rispettare tutti gli atti del suo autore, questo deve essere l'instituito contrattuale molto più del donatario. Dunque se l'erede instituito per con-

(1) Chabrol, *loc. cit.*
(2) *Sopra*, n. 2387.
(3) *Sopra*, *loc. cit.*
(4) Sull'art. 17 dell'ordin. del 1731.
(5) Riportato da Cambolas, lib. 2, cap. 9.
(6) *Sopra*, n. 239.

(7) Ricard, n.i 1062, 1063, Auroux des Pommiers, sul Borbonese, art. 209, n. 9. Lebrun, 3, 2, n. 20. Dumoulin, sull'art. 12 del titolo delle Donazioni della Consuetudine del Nivernese.
(8) *Sopra*, n. 2350.

Digitized by Google

tratto di matrimonio ha il dritto di riprendere i beni alienati a titolo gratuito dall' instituente, con maggiore ragione deve essere lo stesso del donatario dei beni presenti e futuri (1).

Del resto questo è quello, che la corte di cassazione ha deciso, considerando che « l' ar« ticolo 1083, che autorizza il donatario dei « beni, che il donante lascerà nella sua morte, « a dimandare la nullità delle disposizioni a ti« tolo gratuito fatte a suo pregiudizio, si appli« ca necessariamente al donatario contrattuale « dei beni presenti e futuri, che non sceglie pei « beni presenti (2) ». Egli è vero, che nella specie di questo arresto si trattava di una vendita apparente; ma la corte di appello aveva verificato in fatto, quella non esser altro, che una donazione occulta.

2415. Qui si presenta la quistione di sapere se gravato di pagare i debiti, il donatario, che raccoglie la donazione cumulativamente e senza divisione, ne è tenuto *ultra vires* o solamente *intra vires bonorum*?

Questa quistione é una delle più delicate del nostro subietto.

Nel nostro antico dritto l' instituito contrattuale ed il donatario dei beni presenti e futuri presentavano tra loro su questo rapporto delle differenze essenziali. Il primo era, come un erede *ab intestato* o come l'erede instituito per testamento nel dritto romano, il rappresentante, il continuatore della persona del defunto, e quindi obbligato indefinitamente al pagamento dei debiti (3). « L' instituzione contrattuale, ci « dice Pothier, ha i medesimi effetti dell' insti« tuzione testamentaria nelle provincie, ov' è « ammessa...Dapoichè... l'instituito... succede « del pari, che ogni altro erede in tutti i dritti « attivi e passivi del defunto, e per conseguen« za è tenuto dei debiti della successione anche « *ultra vires*, se non è ricorso al benefizio « dell' inventario (4) ».

Non era lo stesso del donatario universale dei beni presenti e futuri. Il donatario dei beni presenti e futuri non essendo, che un semplice successore, chiamato a raccogliere una massa di beni, e non già un erede propriamente detto, non era tenuto dei debiti, che in virtù della massima *quem sequuntur comoda, sequuntur et incomoda* (5), ovvero ancora perchè i beni, ai quali egli ha dritto, non si prendono, che *deducto aere alieno*(6). Per lo che contribuiva ai debiti solamente *pro rata emolumenti* (7). Quantunque il donatario fosse sovente paragonato all' erede, e che si dicesse di lui essere *loco heredis*, si aveva ben riguardo di assimilarlo intieramente ad un erede Sotto l' antico dritto consuetudinario il solo Iddio poteva fare un erede, meno chè non si trattasse d' una instituzione contrattuale (8). Lo stesso legatario universale non rappresentava il defunto, e nei paesi di dritto scritto, ove si era tanto attaccato alla prerogativa del testamento, non si sarebbe mai potuto comprendere nè ammettere, che un atto di donazione potesse fare un erede. Epperò il donatario universale non essendo nè erede diretto, nè erede utile, non era obbligato personalmente, ma solamente in ragione dei beni, che riceveva (9). Per lo che l' art. 334 della consuetudine di Parigi, dichiarava i donatari universali non essere tenuti dei debiti, se non ciascuno « per tal parte o porzione, che rice« veva ».

Risultavano da là due conseguenze: l' una che il donatario dei beni presenti e futuri non aveva bisogno di farsi rilasciare delle lettere di benefizio d' inventario per non essere tenuto *ultra vires*; l' erede solo, che rappresentava il defunto e sosteneva la sua persona, aveva bisogno di queste lettere di cancelleria, a pel donatario, bastava che avesse fatto redigere un inventario dei beni, dei quali entrava in possesso. Il signor Primo presidente del parlamento di Parigi in seguito di un arresto dei 28 di maggio 1626 « avvertì gli avvocati di non dare più « parere ai legatari e donatari universali di ot« tenere lettere in cancelleria per accettare una « donazione universale col benefizio dell'inven« tario, e che l' inventario, bene e debitamente « fatto, bastava, conformemente alle conclusio« ni dell' avvocato generale Talon, che rimo« strò, le lettere del benefizio dell' inventario « non essere punto necessarie in questo riscon« tro, tantochè *possessio defuncti non transit* « *juncta in legatarium vel donatarium*; che « non eravi confusione d' immobili nè di pa« trimonio, e che per conseguenza il benefizio « dello inventario era inutile (10) ».

La seconda conseguenza, era, che il donatario universale non essendo tenuto dei debiti del defonto, che in ragione del possesso, che aveva

(1) De Freminville su Grenier, n. 433, t. III, p. 350, ediz., del sig. Bayle-Mouillard; Vazeille sull'art. 1084, n. 3; Zachariae, § 740, trad., de' sig., Aubry e Rau, t. V, 540; Cassaz., cam. civ., 31 marzo 1840 (Devill. 40, 1, 407).

(2) Arresto di rigetto de' 27 febb. 1821 (Devill., 6, p. 388, *Palazzo*. 16, 40).

(3) *Sopra*, n. 2365

(4) Consuet. d' Orléans, tit. 17, introd., n. 23.

(5) Louët, lett D, somm., 54.

(6) De Lauriere, su Loisel, 2, 4, 14. *Sopra*, n. 65.

(7) Art. 334, cons. di Parigi. Brodeau, su Louët, *loc. cit.*, n. 4. Brillon, v° *Debiti*, n. 9, a *Donazione*, n. 132. Basnage su Normandia, art. 431, Coquille, quest. 138 Catellan, lib. 5, cap. 24.

(8) *Sopra*, n. 1840.

(9) Merlin, Repert, v° *Instit contratt.*, § XI, n. 2.

(10) *Giornale delle udienze*, t. I, p. 59. Ferrières, *sopra Parigi*, art. 334, n. 11.

preso dei beni di questo ultimo, poteva sottrarsi all' azione dei creditori, abbandonando loro i beni donati, che erano il loro pegno esclusivo. Le testimonianze più costanti esistono su questo punto nel dritto antico. Ed in effetti Chorier faceva rimarcare (1), che il donatario universale *non tenetur actione personali*, sed reali et *hipothecaria*, di talchè abbandonando i beni, *liberatur, nec tenetur ultra vires*; epperò una donazione universale può, *etiam post multos annos*, essere abbandonata ai creditori, se il donatario è di buona fede. Brillon cita con Chorier un arresto del parlamento di Grenoble dei 27 di agosto 1661 in favore della Signora Bonne di Haquebourg, cui fu permesso di far inventario e di discutere giudiziariamente i beni dipendenti dalla donazione, salvo a sopportarsi da essa le spese di questo inventario e di questa discussione (2). Si trovano delle decisioni analoghe nella giurisprudenza del parlamento di Normandia, attestate da Berault (3), e Basnage (4); e Pothier non ha fatto, che riassumere la dottrina e gli arresti, quando ha detto (5): « relativamente ai donatori e legatari « universali... tutte queste persone non sono « tenute dei debiti, che sino alla concorrenza « dei beni, ai quali succedono; eglino possono, « abbandonandoli, esonerarsi dai debiti. La « ragione si è, che tutte queste persone non suc« cedono alla persona del defunto, ma sola« mente ai suoi beni; eglino non sono tenuti « dei debiti, se non perchè sono un peso dei « beni; eglino non ne sono debitori personali: « ora è una massima, che quando si è obbli« gato per qualche debito in ragione soltanto « di una cosa, che si possiede, si può discari« carsene abbandonando la cosa ».

Egli è vero, che a molti giureconsulti è avvenuto di paragonare la donazione universale non divisa all' instituzione contrattuale. Citerò tra gli altri Lebrun (6). Ma le analogie non impediscano le differenze, e lo stesso Lebrun insegna, l'instituito contrattuale essere tenuto dei debiti (7) personalmente ed indefinitamente, mentre il donatario universale non n'è tenuto, che *pro modo emolumenti* (8). E come potrebbe egli deciderlo diversamente al cospetto del l'art. 334 della Consuetudine di Parigi?

Tal era dunque il dritto antico.

2416. Ricerchiamo adesso, se il Codice Napoleone ha fatta qualche cambiamento ad una giurisprudenza, così bene stabilita. E dapprima nessuno testo rivela un pensiero d'innovazione. È vero, che in una materia vicina alla nostra è stato fatto un gran cambiamento. Eravi prima tra l'erede ed il legatario universale, qual era considerato dal dritto consuetudinario, una profonda differenza. Il legatario universale non succedeva *in universum jus*, non era erede; non era, che un semplice successore a' beni, tenuto *intra vires* (9). Ora si sa, esser egli assimilato all' erede, esser egli obbligato personalmente verso i creditori, e per conseguenza obbligato al di là delle forze della successione (10). Tuttavia questa innovazione non è prodotta per vie clandestine ed oblique, comechè il legislatore ha avuto cura di dichiarare formalmente in due articoli, il legatario universale essere tenuto personalmente (11) Ma in nessun luogo si troveranno de' testi simili relativamente al donatario de' beni presenti e futuri. Giammai il Codice ha detto, che sarà egli personalmente obbligato verso i creditori del donante, ed anzi l'art. 1086 fornisce un argomento contrario, che ha una gran forza (12) Epperò il donatario resta nella condizione di successore a' beni, che aveva nel dritto antico, e non è tenuto de' debiti, che a causa del possesso de beni e per conseguenza *intra vires* (13).

Tale soluzione si giustifica del pari per la ragione e per la presunta intenzione del donante. La distinzione, che altre volte si faceva tra il legatario universale e l'erede instituito, riposava su de' pregiudizi consuetudinari, sulla preminenza del sangue e della successione legittima relativamente alla volontà dell' uomo. Ora queste idee sono cancellate; la volontà ha ripresa la sua legittima autorità, e la ragione non vede una differenza fondamentale tra colui, ch'è chiamato dalla legge, e quello, che ripete la sua vocazione dal testatore. Per il contrario tra il legatario universale ed il donatario de' beni presenti e futuri vi è una differenza, che nasce dalla differente natura de' loro titoli. Il primo tiene il suo dritto da un testamento, il secondo da un atto irrevocabile. Il disponente ha voluto avere nel primo un rappresentante, un altro sè stesso; il donante non ha voluto conferire al secondo, che un vantaggio, una liberalità, ed è di regola, che questa liberalità non deve divenirgli onerosa. Si può applicare qui quello, che sotto il dritto antico dice De Laurière: « lo « una parola la donazione e la instituzione di « erede sono due generi di differenti disposizio« ni. Si vuol fare un erede, e non si vuol fare un « donatario; si vuole un successore, che non sia

(1) Su Guido Papa.
(2) Brillon, v° *Donazione*, n. 133.
(3) Sull' art 434.
(4) Sul medesimo articolo nella fine.
(5) *Delle success.*, cap. 5, art. 3, § 2.
(6) *Id.*, 4, 2, 2, n. 39.
(7) *Id.*, 3, 2, n. 41.
(8) *Id.*, 1, 2, 1, n.i 3, 4.
(9) *Sopra*, n.i 1836, 1840.
(10) *Sopra*, n.i 1840, 1841.
(11) Art. 1009 e 1012, Cod. Nap.
(12) *Infra*, n. 2432.
(13) *Sopra*, n.i 65 e seg.

« solamente *successor bonorum* ma *successor* « *juris universi*(1). » E soprattutto come sarebbe possibile di credere, avere voluto il donante fare un erede, quando ha redatto uno stato dei debiti, e procurato al suo donatario un dritto di divisione e di opzione incompatibile con la successione e la qualità di erede? Lebrun non diceva con minor senso di Laurière: « Se si « considera l'intenzione di colui, che ha fatta « l'instituzione, si conchiuderà, che poichè egli « ha amato meglio di fare una instituzione con- « trattuale, che una donazione tra vivi, egli ha « desiderato, che il suo erede fosse onerato « delle obbligazioni di un vero erede, che fosse « tenuto personalmente ed indistintamente di « tutt' i debiti (2). » Ed è questo quello, che ha voluto fare colui, che potendo fare un erede, ha amato meglio di fare un donatario?

Così il donatario de'beni futuri è oggi come prima tenuto de'debiti, perchè sono un peso dei beni. Ma non v'è tenuto personalmente, come l'erede, che solo rappresenta il defunto, ma vi è tenuto per l'azione personale *in rem scripta*. Non vi è confusione tra il patrimonio del donante e quello del donatario, ed il passivo del donante non diviene proprio e personale del donatario. Per lo che con l'abbandonare i beni quest' ultimo può non solamente sfuggire all'azione de' creditori, ma inoltre fare valere le sue proprie azioni contro del defunto; dapoichè non sono state estinte mercè la confusione.

2417. Del resto questi punti sono stati consacrati da un importantissimo arresto della Corte di cassazione de' 29 di febbraio 1820 (3), del quale abbiamo più sopra riferito la specie ed i motivi (4).

Esso decide ottissimamente, che una donna, donataria universale di suo marito per contratto di matrimonio del 1812, ha potuto malgrado la sua immissione ed a differenza dell'erede puro e semplice, fare abbandono de' beni donati per liberarsi dalle procedure de' creditori, ed anche esercitare, come un erede beneficiario, i suoi crediti personali contra del defunto senza soffrire dalla confusione più di questo erede (5).

Ciò stabilito, se si vuol essere ben penetrato di tutto quello, che abbiamo detto, si vedrà, che questo arresto si concilia perfettamente con quello de' 13 di agosto 1851 (6), che ha deciso, essere i legatari universali, come gli eredi, obbligati personalmente ed indefinitamente ai debiti della successione; che la confusione si opera tra beni del defunto ed i beni del successore, a menochè quest'ultimo non abbia accettato sotto benefizio dell'inventario. Su che è fondato quest'ultimo arresto? Sull'art. 1002(a); che assimila l'erede instituito ed il legatario, e sugli articoli 1009 e 1012 (b). che dichiarano tenuto personalmente il legatario de'debiti della successione Ora precisamente niente di simile esiste relativamente al donatario, o per quanto l'arresto de' 13 di agosto 1851 ci sembra giuridico, altrettanto crediamo, che l'arresto de'29 di febbraio 1820 si giustifica mercè le gradazioni che separano la donazione dal testamento e dal legato.

2418. Del resto importa poco, che questa soluzione sia contraddetta da molti autori, e specialmente dal sig. Toullier (7).

Quando si penetra sin nel fondo delle cose, quando si vede le differenze, che il Codice Napoleone ha messo tra' legatari ed i donatari, assimilati nell'antico dritto; quando pure non si lascia prendere da quest'espressioni de' giureconsulti di un tempo, che dicevano, essere i donatari universali *loco haeredis*, non si prova veruna esitazione, e si decide, che precisamente perchè sono *loco haeredis*, non sono dei veri eredi, e che non avendo, che delle semplici analogie con costoro senza perfetta conformità, debbono essere trattati differentemente. Loisel stabiliva così questa regola: « I legatari « universali sono tenuti per eredi (8) » applicando loro le leggi 128. §. 1, e 117, D., *De reg. jur.* « — *hi qui in universum jus succedunt, haeredis loco habentur.* » Però non è men vero, non essere eglino tenuti de' debiti come gli eredi, nè esserne tenuti personalmente (9). Il che ha luogo adesso come prima pe' donatari universali. Eglino sono paragonabili agli eredi in quanto sono tenuti de' debiti, e sotto questo rapporto *haeredis loco habentur*; ma ne sono differenti in quantochè non sono personalmente tenuti, e che i debiti li obbligano soltanto per la ragione, che non hanno dritto alle cose donate, che *deducto aere alieno* (10).

Non so, se il sig. Nicia Gaillard nelle sue rimarchevoli conclusioni sull'obbligazione personale dei legatari universali (11) si sia fatto trasportare un poco troppo lontano, dando ad intendere, che anche nel dritto antico, non si doveva restringere la regola del dritto romano a' *bonorum possessores* ed a' fedecommessari: *hi qui in universum jus defuncti succedunt, haeredis loco habentur.* Non vorrei riportarmene a Dantoine per pensare, che anche prima si tenevano per simili agli eredi non solo i fede-

(1) *Instit. con.* cap. 6, n. 22, t. II, p. 30.
(2) *Delle success.*, 3, 2, n. 41.
(3) Devill., 6, 1. 190. *Palazzo*, 15, 814. Dalloz, *Disposiz. tra vivi*, cap. 4, sez. 3, art. 3, n. 14
(4) N. 67.
(5) V. *Infra*, n. 2418.
(6) V. *sopra*, n. 1841.
(a) Leggi civili art. 928.
(b) Leggi civili art. 935, 966.
(7) Toullier, t. V, n. 855 e t. IV, n. 521 *Aggiungi* Chabot sull' art. 873, n.i 26. 27, 28.
(8) 2, 4, 11, *Sopra*, n. 1835.
(9) De Laurière, su Loisel, *loc. cit.*
(10) De Laurière, *loc. cit.*
(11) Pag. 21 della scrittura, che ha pubblicato, o Rivista critica, 1852, t. II, p. 363.

Digitized by Google

commessari ed i *bonorum possessores*, ma ancora i donatari universali. Convengo, che Dantoine vs aia là: « È dovere di un interprete di « riferire tutti gli esempi, ove la massima, che « qui si propone, può aver luogo, cioè che per « qualunque titolo si succeda, purchè il titolo « sia universale, il successore è riputato per « erede, per la ragione, che ogni persona, che « succede in tutt'i beni del defunto, ha la qualità di erede...

« Il terzo esempio si applica a' legatari universali...

« Il quarto esempio conviene al donatario « universale, ch'è obbligato di pagare tutt'i « debiti del donante: *quia est loco haeredis*, « quando accetta la successione puramente e « semplicemente, ma quando accetta col beneficio dell'inventario. non è tenuto, che sin « alla concorrenza de'beni. da che siegue, che « un donatario universale è paragonato ad un « vero erede (1) ».

Ma questa dottrina di Dantoine pecca per difetto di misura, perchè oltrepassa i confini del vero. È certo, è constatato dal sig. Nicola Gaillard stesso (2), che il donatario universale, come il legatario universale, non era tenuto de' debiti del donante, che *intra vires emolumenti*. L'opinione di Dantoine era un'esagerazione ed un errore, cento volte condannato. Da parte del codice Napoleone vi è solo una modificazione introdotta nella condizione del legatario, ma il donatario universale è stato da lui rimasto nella sua situazione antica. Epperò è d'uopo, che vi resti, e con grande ragione la corte di Cassazione ve l'ha lasciato.

Per lo che non diciamo col signor Zacharie (3): « La donazione cumulativa de' beni « presenti e futuri è una varietà dell'istituzione contrattuale; anzi a dir vero essa ne differisce soltanto per lo dritto di ozione, di « cui gode il donatario ». Sostenghiamo, che essa ne differisce anche in quant'a l'obbligazione de' debiti. e siamo persuasi, che il legislatore, consacrando degli articoli distinti all'istituzione contrattuale ed alla donazione dei beni presenti e futuri, non ha voluto confondere queste due disposizioni.

Egli è vero, che nel corso di un'argomentazione su quistioni tutte differenti dalla nostra, degli arresti hanno pronunziato, che una donazione di beni presenti e futuri in mancanza di uno stato de' debiti anteriori, o nel caso di ozione del donatario pe'beni futuri, degenera in una istituzione contrattuale (4). Questi arresti hanno perfettamente ragione nel punto di vista, in cui si sono collocati. Ma non bisogna estenderli oltre la loro sfera, e si baderà a non generalizzare un'assimilazione, che non era ammessibile, che relativamente alla quistione speciale, sottoposta a' magistrati.

Lebrun aveva pure strettamente ravvicinati la donazione de'beni presenti e futuri all'istituzione contrattuale. Ma la sua esperienza era troppo grande per applicare all'una l'obbligazione dell'altra relativamente a'debiti (5). Tutte due si danno la mano su molti punti, ma si separano su di altri, che sono capitali; e così dev'essere, perchè differiscono pel nome, pel titolo, e per l'intenzione del disponente.

2419. Ma non basta di avere separata la causa del donatario universale da quella del legatario universale e dell' erede ; resta tuttavia un punto da rischiarare, e bisogna sapere, se per mantenersi nella sua posizione relativamente a' creditori del defunto, il donatario è obbligato di fare un precedente inventario, che impedisca la confusione del suo patrimonio a de' beni, che raccoglie. Notate, che quello, che qui gli si dimanda, non è un ritorno indiretto al beneficio d'inventario, propriamente detto, dal quale poco innanzi abbiamo provato, essere esonerato; non si tratta di imporre al donatario la dichiarazione pubblica della sua intenzione e la sua solenne accettazione in cancelleria sotto beneficio d'inventario. Trattasi solamente di sapere, se per esonerarsi da' debiti *ultra vires*, non è tenuto di procurarsi una pruova scritta anteriore ad ogn'immistione dell'importanza de' beni donati.

Su questa quistione vi era dissidenza nella antica giurisprudenza; gli uni pensavano, che l' immistione del donatario senza precedente inventario, non gli impediva più tardi di provare per tutti i mezzi ed anche per pubblica voce e fama le forze della donazione, purchè fosse di buona fede.

Gli altri sostenevano, che la mancanza d'inventario doveva farlo trattare come un erede puro e semplice, poichè aveva egli stesso operato la confusione dei suoi beni e di quelli del suo autore.

2420. In sostegno del primo sentimento si può citare un arresto del parlamento di Grenoble, che noi abbiamo riferito qui sopra (6): E questa pure era l' opinione di Ricard (7): « Coloro che difendono l'opinione contraria, egli « dice, si fondano su che l' erede, che vuole « accettare sotto beneficio, e che non fa inventario, perde il privilegio di questo beneficio, « e resta indistintamente obbligato ai debiti.

(1) *Regole di dritto civile*, sulla legge 128, § 1, D. *De regulis juris*. p. 317.
(2) Pag. 10 della scrittura.
(3) § 740.
(4) Grenoble, 19 gennaro 1847 (Devill., 48, 2, 141; *Palazzo*, 48, 1, 663) V. pure Cassaz., 27 febb. 1821 (Devill., 6, 1, 389; *Palazzo*, t. XVI. p. 110).
(5) *Sopra*, n. 2413.
(6) N. 2415.
(7) *Donaz.*, 2. parte, n.i 1518, 1519.

« Ma vi è una ragione di differenza, che risulta « da che l'erede beneficiato in mancanza dello « inventario, è tenuto in suo proprio e privato « nome: perchè le cose ritornano facilmente al « loro principio, nel quale l'erede si trova gra« vato di pieno dritto di questa obbligazione; « il che non si può dire del donatario, che per « sè non è obbligato ai debiti, se non sin alla « concorrenza dei compresi nella donazione... »

« Di talchè in un simile caso, l'azione del « creditore contra del donatario, deve essere « contestato nell'istesso modo, che se fosse in« tentata contra un possessore particolare, che « si fosse impadronito dei beni del debitore sen« za conto nè misura, che per questo non ver« rebbe condannato indefinitamente ed in suo « proprio e privato nome; ma che obbligherebb« be a conferire gli effetti, che fosse convinto « di avere distratto, giusta l'estimo dei beni « fatto dalla pubblica voce e fama, unito il giu« ramento *in litem*; imperocchè ciascuna qui« stione ha i suoi principi separati, senzachè « possano essere regolate le une dalle altre ».

A questa opinione bisogna avvicinare quella di Furgole:

« Il donatario di tutti i beni presenti e futu« ri .. succedendo *in universum jus*, deve es« sere considerato come erede, e deve pagare « tutti i debiti e pesi della successione ».

« Ma questa azione personale non lega il do« natario per modo, che possa essere tenuto al « di là delle forze dei beni, anche quando non « avesse fatto inventario ».

« Ciò fondato sopra molte ragioni.

« L'azione, per la quale il donatario è tenuto « non è pure personale, ma *in rem scripta*.

Secondo il signor Cujacio sulla legge 37 *De usu et usuf. leg.* la donazione è fatta soltanto di quello che resta, *deducto aere alieno*; e quindi non vi è donazione, quando i beni sono assorbiti dai debiti.

Nul'adimeno bisognerebbe eccettuare il caso di frode o di latitazione, che giusta l'osservazione del signor di Catellan (lib. V, cap. 24) è sempre eccettuato dalle regole, e rovescia le più sicure e le meglio stabilite (1).

2421. Ma dalla parte della opinione contraria si trovano numerosi ed importanti difensori; uno dei più considerevoli è Loyseau (2), al quale si può aggiungere Lebrun (3), e tutti due vogliono (cito le espressioni del primo), che se per mancanza d'inventario vi è miscela e confusione dei beni donati con quelli del donatario, questo sia tenuto solidalmente.

Ma sentiamo Domat (4): « Se il donatario si « fosse messo in possesso dei beni dopo la « morte del donante senza farne inventario, « non potrebbe più dividere la donazione, e la « sua condizione sarebbe la stessa, che se fosse « erede puro e semplice ».

Infine Pothier, il cui giudizio ha sempre tanta autorità, si pronunzia contra Ricard. « Affinchè i legatari e donatari universali, i successori a « titolo di mancanza di eredi, e gli altri, che « succedono ai beni piuttosto, che alla persona, « non siano tenuti dai debiti, che sino alla con« correnza dei beni, ai quali sono succeduti, « bisogna, che ne abbiano fatta constatare la « quantità con un inventario o altro atto equi« valente; se se ne sono messi in possesso senza « di ciò, e che abbiano disposti dei beni, sa« ranno tenuti indefinitamente dei debiti, e non « saranno ammessi, per discaricarsene, ad of« frire e tener conto dei beni, essendosi messi « per loro colpa fuori stato di poterna consta« tare la quantità; tal è il sentimento comune, « dal quale si apparta Ricard, il quale preten« de, dover essere ammesso anche in questa « caso all'abbandono ed a giustificare per pruo« va di pubblica voce e fama la quantità dei « beni. Questo sentimento non deve essere fa« cilmente seguita (5) ».

Ed in effetti è certo, essere questo secondo sistema dominante nell'antica giurisprudenza(6). Si supponeva, che il donatario non aveva accettata la donazione, se non perchè aveva trovato sufficienti beni per pagare i debiti; che sopratutto la miscela dei suoi beni coi beni donati, elevava contra di lui una presunzione risultante dal suo proprio fatto, e militanta in favore de' creditori, *qui certant de damno vitando* (7).

2422. Pare difficile di appartarsi sotto l'impero del codice Napoleone da una presunzione, che risulta così naturalmente dal fatto del donatario e dalla situazione delle cose. Non si suppone la colpa, l'imprudenza; l'oblio de'suoi propri interessi.

Il successore, che s'impadronisce di una massa di beni gravata di debiti senza descriverla ed inventariarla, viene dunque riputato di averla così presa perchè vi ha trovato il proprio vantaggio, essendogli sembrato il passivo per lo meno bilanciato dall'attivo; epperò i creditori hanno dritto di trarre le conseguenze di questa confusione ed a tenere come personalmente obbligato colui, che n'è causa. Se vi è negligenza ed oblio da parte del donatario,

(1) Sull'art. 17 dell'ord. del 1731.
(2) *Dell'abbandono*, 1, XI. 2.
(3) *Success.*, 4, 22, n. 56.
(4) *Leggi civili*, p. 2, lib. 1, tit. 1, sez. 3, art. 6.
(5) *Success*, cap. 5, art. 2, § 3 *in fine*.
(6) *Aggiungi* Ferrières sopra Parigi, art. 324. Auroux su Borbonese, art. 109. Bèchet, Uso di Saintonge, art. 62. Brillon, v° *Donaz.*, n. 133.
(7) V. *Sopra*, n. 1856, quello, che diciamo del legatario universale, pienamente assimilato nell'antico dritto consuetudinario al donatario universale.

non debbono soffrirne i creditori; se vi è mala fede, debbono anche meno esserne vittime. Epperò il donatario dovrà prendere la precauzione di non immischiarsi ne' beni donati, se non quando avrà separato mercè un inventario la sua causa personale da quella di questi beni, e noi vedinmo, che nella specie giudicata dall'arresto della corte di Cassazione de' 29 di luglio 1820, e testè riferito, il donatario, che dopo la sua immistione abbandonava a' creditori i beni donati, aveva fatto un inventario nella morte del donante (1).

2423. Ma quale si sia la forza di questa presunzione, non diremo, (come Ferrieres nell'antico dritto), ch'essa è *juris et de jure*. Essa non è scritta in nessuna legge, ed ha solo l'autorità della ragione e della più alta verosomiglianza. Ma si comprende, esservi de' casi, ne' quali può cedere a delle pruove contrarie, e nulla vieta al giudice di ammetterle.

Il donatario, che non ha fatto redigere inventario, è sufficientemente punito per l'obbligazione, in cui è di distruggere la presunzione, che milita contra di lui; da un altro lato la condizione de' creditori è sufficientemente garentita dal dritto, ch'eglino hanno di attendere, sotto l'egida di una presunzione favorevole, il risultamento di una pruova contraria difficile. Ma non si potrebbe andare sino ad interdire al donatario di riparare la mancanza d'inventario con una ulteriore dimostrazione della verità. Se giunge a provare sino all'evidenza, aver egli raccolto un attivo inferiore al passivo reclamato, sarebbe equo di costringerlo a pagare l'integralità de' debiti? Da quale causa legale verrebbe questo beneficio a' creditori (2)? Supponiamo, che produca de' notamenti del defunto, d' onde risulti l'ammontare del suo mobiliare, e che per mezzo di titoli dimostri l'origine de' beni immobili ed il loro numero preciso, perchè non si terrebbe questa pruova per tanto decisiva, quanto l'inventario? Solamente l'inventario avrebbe dispensato il donatario di occuparsi di queste imbarazzanti ricerche, ma questa obbligazione, nella quale egli si è messo, sarà la sua pena, e ne sopporterà le spese, come l'abbiamo veduto decidere dall'arresto del parlamento di Grenoble de' 27 di agosto 1661 (3).

2424. Adunque in riassunto il donatario universale, che non ha fatto inventario, dev'essere condannato anche *ultra vires* a tutt'i debiti del defunto, e non può esser ammesso ad abbandonare a' creditori i beni donati, tranne chè non provi con pruove buone e leali, essere la consistenza de' beni lasciati da quest'ultimo inferiore a questi debiti.

Il che mi sembra risultare da un arresto della corte di Limoges de' 28 di luglio 1817, reso monco da' decisionisti, e che riporto per intiero nel n.2427, dopo di averne presa copia nella cancelleria della corte di Cassazione (4). Un signore Ribiere, donatario a titolo universale per antepartc di suo padre, si era messo in possesso senza inventario di tutti gli effetti, titoli, e beni componenti la successione del defunto. Sua sorella avendo rinunziato a questa successione per tenersi alla donazione di 18,000 franchi, che suo padre le aveva fatto a titolo di costituzione di dote, convenne il sig. Ribiere pel pagamento di questa somma. Malgrado la resistenza di quest'ultimo, la corte di Limoges lo condannò a soddisfare questo debito paterno. Ciò che vi era di rimarchevole in questa decisione, pel nostro punto di veduta, si è, che anche procedendo in considerazione la mancanza d'inventario e l'essersi preso tutto l'attivo della successione, la corte dichiarò nondimeno in un motivo, non essere questa circostanza per se solo sufficiente a rendere Ribiere indefinitamente e diffinitivamente debitore della totalità della dote, e poter egli a sue spese ricomporre la massa de' beni per provare in seguito, che la massa de' beni oltrepassa i limiti della porzione disponibile. Sul ricorso, questo è stato rigettato con arresto de' 12 di nov. 1818 (5).

2425. Resta da sapere quali specie di pruove potranno essere prodotte dal donatario in colpa, che vuole supplire all'inventario. Sarà egli ammesso a fare sentire de'testimoni ed a ricorrere alla pubblica voce e fama? Se ne può dubitare, dappoichè il donatario avrebbe potuto col fare redigere un inventario procurarsi una pruova scritta de'fatti, che ha interesse di dimostrare. Ora secondo l'art. 1341 del codice Napoleone combinato con l'art. 1348 (a), quando si è potuto procurarsi una pruova scritta di un fatto, di un interesse superiore a 150 franchi, non si può fare sentire de' testimoni. Lo che è fondato su questo dato generale ed applicabile ad ogni specie di materia, cioè essere la pruova testimoniale piena di pericoli e d'incertezza. Ora è egli giusto, che la colpa del donatario gli attribuisca il dritto e la libertà di gittare i terzi di buona fede in un genere di pruova più pericolosa di tutte le altre pel loro interesse?

Il donatario dovrà dunque unicamente fondarsi su degli scritti, dei titoli, delle confessioni, ed altri mezzi, che non hanno l' incertezza della pruova testimoniale (6).

(1) V. i motivi della sentenza di prima istanza. (Devill., 6, 1, 191).
(2) Comparato Zachariae, § 640, n. 25; § 638, n. 23.
(3) *Sopra*, n. 2415.
(4) Vi è stato ricorso e rigetto.

(5) Devill., 5, 1, 545. *Palazzo*, t. XIV, p. 1061. Dalloz v° *Disposiz. tra vivi*, t. VI, p. 211. La notizia è incompletissima nelle raccolte.
(a) Leggi civili articoli 1295 e 1302.
(6) Zachariae, § 638, nota 23.

Digitized by Google

2426. Quando il donatario dei beni futuri è soltanto gratificato di una quota dei beni rimasti dal donante, è soggetto al passivo in proporzione solo di quello, che prende nell'attivo, vale a dire per la sua parte e porzione(1). I debiti sono un peso della universalità dei beni, ed una frazione di questa universalità è gravata di una corrispondente frazione di debiti. È giusto, che tutti quelli, che si dividono l'attivo di una persona, contribuiscano proporzionatamente ad estinguere il passivo.

« L'instituzione e la donazione di tutt'i beni presenti e futuri, dice Richard (2) debbono essere sottoposti alle medesime regole. « Questa risoluzione deve pure aver luogo in « proporzione, quando l'instituzione o la donazione de' beni presenti e futuri sono fatti « *per modum quotae*, i pesi dovendo essere « proporzionati all'emolumento ».

Pothier è dello stesso sentimento (3). « I legatari e donatari universali di una quota di « beni, come della metà, del terzo, del quarto, « sono tenuti de' debiti per la medesima parte. « Se la parte, di cui sono donatari o legatari, « fosse ridotta ad una parte minore, la parte, « che debbono sopportare ne' debiti, sarebbe « similmente ridotta ad una parte uguale ».

Tali sono i veri principi, e noi ci saremmo limitati ad esporli piuttosto, che a provarli, se sotto il Codice Napoleone non si fosse elevata innanzi a'Tribunali una pretensione contraria. Ed in effetti si è sostenuto, che il donatario di una quota, quantunque non abbia tutto l'emolumento della successione, non doveva pagar meno tutt'i debiti del donante. Si è citato lo stesso testo dell' art. 1085, il quale sommette il donatario de' beni presenti o futuri, che accetta, al pagamento di tutt'i debiti e pesi della successione, e per colorire quest'enormità rovinosa pel donatario universale parziale, si è affermato, essere un tal peso non altro, che una punizione della negligenza del donatario, che non ha fatto redigere uno stato de' debiti. Ma non si può sentir nulla, che ferisca dippiù le regole del buon senso e lo spirito della legge (4).

Dapprima è possibile, che vi sia uno stato dei debiti, e che nulladimeno il donatario invece di dividere la donazione, l'accetti per lo tutto. Ora l'art. 1085 è così ben scritto per questo caso, che per l'altro, in cui la mancanza dello stato de' debiti interdice al donatario la divisione, e lo sottopone alla totalità de'debiti. Che diviene allora l'argomento sul quale si fa capitale? Forse che l'art. 1085 avrà un doppio significato, l'uno relativo al donatario, che può dividere e non divide; l'altro relativo al donatario, che per la mancanza dello stato dei debiti non può dividere?

Ma vi è dippiù, e non si presta attenzione, che volendo punire il donatario per non avere fatto lo stato dei debiti, lo si rende responsabile di un fatto, che non è suo. Imperocchè dipende dal donante e non da lui di redigere questo stato, e si è anche giudicato da un arresto del parlamento di Tolosa dei 17 di giugno 1672, che il donatario non ha azione contra del donante per obbligarlo a redigere lo stato dei valori donati (5).

Epperò la legge non ha inteso di dire quello, che si vuole strappare dalla generalità delle sue espressioni. Essa significa semplicemente, che il donatario, che accetta la donazione per lo tutto, deve contribuire al pagamento di tutti i debiti senza distinzione di quelli anteriori e di quelli posteriori alla donazione.

Questa interpretazione della parola TUTTE è confermata dal ravvicinamento del nostro articolo con l'articolo 17 dell'ordinanza, così concepito: « Rimarrà a scelta del donatario di « prendere i beni tali, quali si troveranno nel « giorno della morte del donante, pagando tutti « i debiti e pesi, anche quelli, che saranno posteriori alla donazione, ecc. » Ma egli non vi deve contribuire, che per la sua parte e porzione. Quale motivo il legislatore avrebbe *a priori* di trattare così ingiustamente il donatario e d' essere favorevole a coloro, quali si siano, che raccolgono il resto del patrimonio, come dei legatari, degli eredi non riservatari, dei successori irregolari? E se la successione è ripartita tra più donatari di beni futuri, saranno essi tenuti dei debiti, ciascuno per lo intiero, salvo il regresso?

2427. Intanto si cita per avere consacrata una sì strana dottrina un arresto della corte di Limoges de'28 di luglio 1817, contra del quale è stato prodotto un ricorso senza successo.

Ecco la specie ed i motivi dell' arresto di Limoges, non come sono dati in notizie fallaci ed incomplete, ma negli archivi della Corte di cassazione (6).

Nel 1806 il signor Hibiere e sua sorella sono stati maritati, l'uno alla signorina Arzilier, l' altra al signor Arzilier. Le convenzioni matrimoniali sono state regolate dal medesimo

(1) Arg. dell' art. 1012, del Cod., Nap. (*).
(2) *Donaz.*, part., 1, cap. 4, sez. 2, dist. 3, n. 1063.
(3) *Success.*, cap. 5, art. 3, § 4.
(4) Consultare i seguenti arresti. Parigi, 15 novembre 1811: (Devill., 3, 2, 377. Palazzo, t. IX, p. 700). Tolosa, 26 novembre 1816 (Devill., 8, 2, 291. *Palazzo*, t. XX, p. 961). Nimes, 12 giugno 1832 (Devill., 32, 2, 321. *Palazzo*, t. XXIV, p. 1158). Limoges, 16 dicembre 1835) Devill., 36, 2, 92. *Palazzo*, t. XXVII, p. 99.
(5) Brodeau su Louët, lett. D, somm. 51. *Sopra*, n. 2399.
(6) Cassaz., ricorsi, 12 novembre 1818 (Devill., 5, 1, 545; Palazzo, 14, 1051. *Sopra*, n. 24 4).

(*) Leggi civili art. 966. *Il trad.*

nazione universale per anteparte del quarto dei suoi beni presenti a futuri; non fu annesso lo stato de' debiti attuali. Poi il padre costituisce a sua figlia, che andava a sposare il sig. Arsilier, una dote di 18,000 franchi in anticipazione di successione. Ribiere padre fece de' cattivi affari, ed alla sua morte la signora Arzilier (signora Ribiere) rinunsia alla di lui successione per limitarsi alla sua donaziona di 18,000 franchi; e siccome il sig. Ribiere suo fratello si era impadronito di tutt'i beni, mobili ed immobili, esistenti nella successione del comun padre, ella si diresse a lui per ottenere, quantunque avesse avuto un altro fratello, la totalità della sua dote di 18,000 franchi.

S' indovina la risposta di Ribiere: Dapprima; egli diceva, la dote, che il padre aveva promesso a sua figlia, era dessa un peso da sopportarsi dal figlio, donatario universale per un quarto? Ed in effetti colui, che ha donato i suoi beni presenti e futuri, non può fare più delle liberalità in pregiudizio del donatario; egli non può donare; nè può più obbligarsi gratuitamente, ed il donatario non è obbligato di eseguire i pesi, che hanno per causa una liberalità.

In secondo luogo, continuava Ribiere, io non sono donatario, che di un quarto; epperò non sono tenuto del debito, se esiste, che per un quarto. Dapoiché una clausola precisa della donazione contiene, che, donatario universale di un quarto, debbo solamente soggiacere ad una pari quota de' debiti.

In tutt' i casi la dote di 18,000 franchi sorpassa i limiti della quota disponibile, e dev'essere ridotta. Per lo che a torto sotto tutti gli aspetti la signora Arsilier mi ha convenuto per la totalità del suo preteso credito.

Su tali difese si è pronunsiato dalla Corte di Limoges il seguente arresto sotto la data de'28 di luglio 1817.

« Considerando, che a'termini dell'art. 1084 « del Codice la donazione de' beni presenti e « futuri, in tutto o in parte, dev' essere assor « tita ed accompagnata da uno stato de' debiti « e pesi del donante, esistenti nel giorno della « donazione; che a' termini dell' articolo 1085 « mancando l'annessione di questo stato, il « donatario, che accetta, è tenuto del pagamento di tutti i debiti e pesi della succes« sione ».

« Che le disposizioni di questi due articoli « essendo evidentemente applicabili alla specie « della donazione per anteparte fatta in favore « del sig. Giovanni Ribiere del quarto di tutti « i beni presenti e futuri del donante senz' an« nessione dello stato de' debiti e pesi esistenti « nel momento in cui ebbe luogo; che da un « altro lato la dote costituita con lo stesso con« tratto a Margherita Ribiere, moglie Arzilier, « dal padre comune, era evidentemente un de« bito o peso della successione nel momento « della sua apertura, comunque fosse stata co« stituita con una clausola posteriore a quella « della donazione con precapienza, poichè que« sta costituzione era sempre anteriore all' a« pertura della successione; che infine Giovan« ni Ribiere poteva tanto meno alligare a tal « riguardo causa d' ignoranza, che questa co« stituzione veniva stabilita col medesimo con« tratto, col quale la donazione per anteparte « gli veniva fatta e poteva sino ad un certo « punto essere considerata come una condizio« ne o per lo meno come una causa di questa « donazione; che Giovanni Ribiere, reclaman« do a suo favore l'effetto di questa donazio« ne, non poteva sotto verun rapporto essere « dispensato dal pagamento della dote costi« tuita a sua sorella, quando anche dovesse ri« sultarne, che l'obietto di questa donazione « fosse attenuato o anche assorbito da questo « pagamento della cui obbligazione era stato « irrevocabilmente gravato nel momento, in « cui venne fatta, per la sola forza della legge, « a menochè non avesse preferito di ripudiarla « per l' intiero, il che non aveva fatto; che « perciò è stato mal giudicato dalla sentenza, « di cui è appello, arrestando le procedure di« rette da'coniugi Arzilier contra Giovanni Ri« biere per raggiungere il pagamento delle « somme rimaste dovute su questa costituzione « di dote.

« Ch'è stato tanto più mal giudicato, che « Giovanni Ribiere essendosi impossessato nella « morte del comun padre dell'integralità della « sua successione mobiliare, senza stabilire o « farne stabilire la consistenza, questa circo« stanza veniva fortemente in appoggio del « motivo decisivo attinto negli articoli 1084 a « 1085 del codice civile, che in effetti (e quan« tunque questa circostanza non sarebbe suffi« ciente per obbligarlo indefinitamente al pa« gamento de'debiti, poichè la legge non pro« nunzia formalmente questa pena nel detto « caso, come in quello di mancanza di anne« sione dello stato de' debiti e pesi nel giorno « della donazione) sarebbe sovranamente in« giusto, che dopo di essersi messo senza conto « nè misura in possesso dell'integralità della « successione mobiliare di suo padre, dopo « di essersi impadronito di tutti i suoi titoli, « dopo di avere percepito tutto l'attivo, foss'e« gli in dritto di far esaurire da sua sorella « rinunsiante per tenersi alla sua dote tutte le « difficoltà, ch'emergerebbero necessariamente « dalla composizione della successione nella « mancanza dell'inventario, onde giungere a « fare fissare la porzione qualunque, che do« vrebbe rivenirle nella detta successione;

« Ch'egli è vero, che lo stesso inconveniente « avrebbe luogo relativamente a Giovanni Ri« biere nel caso, in cui, non trovando nel dip-

« avrebbe luogo relativamente a Giovanni Ribiere nel caso, in cui, non trovando nel dippiù della successione, dopo il pagamento integrale della dote di sua sorella, di che compiere la sua porzione legittimaria, ei volesse, come ne ha il dritto a' termini degli art. 920 e seguenti del codice civile (a), dimandare la riduzione o la diminuzione di questa dote sino alla concorrenza necessaria per compiersi questa porzione legittimaria ».

« Ma che allora egli non potrebbe imputare, che a sè stesso ed alla negligenza, che avrebbe messo a stabilire la consistenza della successione, la necessità, in cui sarebbe, di fare regolare a sue spese ed anticipazioni, in contradizione di sua sorella, la composizione di questa successione, nel qual momento dovrebbe questa esser anche ammessa a provare le omessioni, che potessero trovarsi nello stato, che il detto Ribiere sarebbe nel caso di fornire per pervenire a questa composizione, in pendenza della quale sarebbe ugualmente sommamente giusto, che sua sorella conservasse la dote in tutta la sua integrità, o si facesse pagare di quello, che resterebbe dovuto ».

« Che perciò sotto tutt'i rapporti vi è luogo a riformare la decisione de' primi giudici, e togliendo le inibizioni mantenute da questa decisione, a condannare Giovanni Ribiere, salvo il suo dritto nel caso preveduto e nella maniera indicata di venire alla riduzione o diminuzione di questa dote sin alla concorrenza della sua porzione legittimaria nella riserva, ecc. ».

E d'uopo di arrestarsi qui un istante per precisare il senso di questa decisione.

L'arresto lega l'anticipazione di successione alla donazione dei beni presenti e futuri, e ne fa una condizione, con la quale il donante ha voluto obbligare il donatario in una maniera diretta ed espressa. Poi constata, aver Ribiere usurpato tutto nella successione; aver egli preso i beni, i mobili, i titoli; non aver nulla descritto, nè inventoriato, e di là conchiude, che essendo nelle sue mani tutto l'attivo, deve sopportare tutto il passivo. Se così è, è per sua colpa, poichè pel suo fatto si è messo in questa situazione. Solamente è fatta una riserva in suo favore per provare, che avuto riguardo alle forze reali della successione, quali potrà documentarle, la anticipazione di successione sorpassa i limiti della porzione disponibile.

Ecco il senso dell'arresto; esso è chiaro, ed è lontanissimo dal pensiero, che gli si attribuisce. Esso decide soltanto una cosa semplicissima, cioè che colui, che ritiene tutto l'attivo, deve pure pagare tutto il passivo. Epperò il ricorso è stato rigettato senza difficoltà dalla camera dei ricorsi e l'attore non era riuscito a dargli un colore, se non col farlo versare sopra punti diversi da quelli, che avevano determinato la decisione della corte di appello.

Per lo che si cesserà di argomentare da questa decisione per snervare l'autorità di una regola, che è troppo nella natura delle cose e nella giustizia per non trionfare degli errori, dei quali talvolta delle menti distratte la circondano.

2428. Abbiamo veduto molti punti, nei quali il donatario universale dei beni presenti e futuri si avvicina o si allontana dalla condizione del legatario.

Tocchiamo un altro punto di contatto, e vediamo se il donatario dei beni presenti e futuri ha il dritto di mettersi di sua propria autorità in possesso dei beni del donante, ovvero se deve dimandare il rilascio agli eredi del donante.

Per prendere questa quistione in quello che ha di più vivo, supponiamo essere il donatario un estraneo, e trovarsi al cospetto di un erede riservatario.

Nell'antico dritto è certo, che il donatario dei beni presenti e futuri era impossessato di pieno dritto a guisa di un erede contrattuale, al quale veniva assimilato su questo punto in un modo completo. La consuetudine del Borbonese è formale: « Donazioni, convenzioni, instituzioni di erede ed altre cose fatte nel contratto di matrimonio, sono buone e valide..., ammesso pure, che le dette donazioni fossero fatte a persone estranee, bastarde, o altre, e verificato il caso, le dette disposizioni impossessano (1) ». Si possono aggiungere quelle di Auvergne (2) e del Nivernese (3).

Qual era la ragione di questo punto di dritto? La stessa di quella, che aveva indotto a dare il possesso all'instituzione contrattuale (4), ed era presa dal legame formato dal contratto e dall'irrevocabilità del titolo (5).

Sotto il codice Napoleone abbiamo dippiù il gran principio, secondo il quale le convenzioni bastano a trasferire la proprietà senza tradizione, come l'abbiamo detto in parlando dell'instituito contrattuale (6). La volontà, che bastava nel dritto antico, è anche più potente sotto del codice Napoleone, e deve produrre non meno energici effetti. A nulla serve il paragonare il donatario universale al legatario universale, dapoichè la comparazione è fallace per dei motivi, che saltano agli occhi. Nel momento della morte, e quando il legatario uni-

(a) Leggi civili artic. 837. *Il trad.*
(1) Art. 219.
(2) Cap. 14, art. 26.
(3) Tit. 27, art. 12.

(4) *Sopra*, n. 2366.
(5) Lebrun, *Successione*, lib. 3, cap. 1, n. 23.
(6) *Sopra*, n. 2366.

versale diviene proprietario, trova l'erede riservatario investito ed impossessato per la onnipotenza della legge. Epperciò è d'uopo che mercè una dimanda di rilascio faccia passare il possesso dallo erede in lui. Al contrario nel caso di donazione, il donante si obbliga irrevocabilmente verso del donatario in un momento, in cui l'erede non ha (in quanto concerne il disponibile) nulla acquistato, ed il dritto del donatario precede quello dell'erede. Per lo che non deve dimandare a questo ultimo una cosa, che il contratto gli vieta di avere e che questo medesimo contratto ha dato al donatario.

2429. Del resto la giurisprudenza lascia poco dubbio su questo punto, almeno per le dottrine, che sono stabilite nelle sue decisioni. Scoviamo la specie seguente. Diciamo immediatamente, non essere stata essa renduta nel caso di concorso del donatario universale con un erede riservatario, dappoichè il donatario universale disputava sul possesso con un erede non riservatario; ma si vedrà, che le ragioni di decidere sono prese in un ordine d'idee, che abbraccia tutte le ipotesi.

Il 29 di novembre 1817 il conte Colaud fece a sua moglie con atto notariale una donazione dell'usufrutto di tutti i beni mobili ed immobili, che gli apparterrebbero nel giorno della morte.

Il signor Colaud muore nel 1819. La sua vedova si mette in possesso di tutti i beni colpiti dal di lei usufrutto.

Il signor Mondet, erede del sangue, nel 1830 pretende essere la vedova nella posizione di un legatario universale e non di un donatario tra vivi: che ella avrebbe dovuto farsi fare il rilascio, e che deve restituire tutti i frutti percepiti. Per ben precisare lo stato della quistione, si noterà, che per vero si tratta nella specie attuale di una donazione di beni futuri fatta tra coniugi durante il matrimonio, ma non isfuggirà a nessuno, essere la quistione esattamente la stessa di quella, che se fosse stata fatta per contratto di matrimonio; vi è dippiù, che se si riconosce, che bisogna accordare il possesso nel caso di donazione tra marito e moglie, fatta *constante matrimonio*, allorchè il titolo de'la donazione è rivocabile di sua natura, ne risulta un argomento *a fortiori* in favore del donatario per contratto di matrimonio, il di cui titolo è irrevocabile.

Ciò premesso ritorniamo ai fatti del processo.

Il 27 di febbraro 1833 il tribunale della Senna respinse l'erede dalla sua dimanda.

« Attesochè le donazioni universali, delle « quali si tratta, essendo soggette, come le al« tre donazioni tra vivi, alla forma de'contratti « in generale, ne producono gli effetti, che so« no, secondo i principi consacrati dagli arti« coli 938, 1138, e 1583(a) di trasferire la pro« prietà nel momento stesso, in cui è dato il « consenso delle parti, e senzachè vi sia biso« gno di tradizione...; che se per le donazio« ni de'beni futuri fatte a' coniugi, non si tra« sferisce loro la proprietà di un obbietto cor« porale, si dà loro per lo meno un dritto di « successione; che questa maniera di disporre, « qualificata istituzione contrattuale dalle an« tiche consuetudini, era considerata come la « cessione gratuita di tutta o parte della suc« cessione, e dava il possesso; il che dispen« sava dal rilascio..; che giusta l'art 1093 « le donazioni de'beni futuri, fatte tra coniugi « per contratto di matrimonio, sono soggette « alle medesime regole di quelle, che sono lo« ro fatte nel contratto da'terzi...; che i coniu« gi in pendenza del matrimonio potendosi fa« re delle donazioni di beni futuri, queste do« nazioni debbono avere il medesimo carattere « e produrre i medesimi effetti di quelle di si« mile natura, inserite nel contratto di matri« monio, ecc., ecc., ecc ».

Sull'appello, arresto della corte di Parigi dei 29 di agosto 1834, che conferma « Conside« rando, che le disposizioni fatte a' coniugi ai « termini dell'art. 1096 del codice civile (b) « costituiscono una vera donazione tra vivi, « che produce possesso, e non un legato sotto« posto alla necessità di un rilascio ».

Innanzi la corte di Cassazione sulle conclusioni del sig. Nicod avvocato generale, arresto della Camera de'ricorsi de'5 di aprile 1836 (1), che rigetta il ricorso « attesochè la legge non « ammette, che due modi di disporre a titolo « gratuito dei suoi beni, per testamento e per « donazione, e che questi due modi sono retti « da regole speciali e differenti; che se il te« stamento è la legge dettata dal testatore, la « donazione è un contratto, che interviene tra « il donante ed il donatario;

« Attesochè la donazione fatta tra coniugi « durante il matrimonio differisce per verità « dalla donazione ordinaria tra vivi in questo « senso, che può sempre essere rivocata per la « sola volontà del donante; ma che questo con« tratto non impossessa meno il donatario di « un dritto, che risale necessariamente in quan« to al suo esercizio ed a' suoi effetti alla data « dell'atto, che la racchiude, quando il coniu« ge donante muore senz'averla rivocata; che « così il coniuge sopravvivente non è obbligato « di dimandare il rilascio dell'obbietto com« preso nella donazione (2)... »

(a) Leggi civili art. 862, 1032 e 1428. *Il trad.*

(b) Art. 1010 delle leggi civili. *Il trad.*

(1) Devill., 37, 1, 38. *Palazzo*, 27, 1228.

(2) In questo senso vedete l'opinione del signor Rigaud *Revis. stran.* t. IX. p. 99). « Quantunque le « donazioni fatte per contratto di matrimonio non pro« ducono effetto reale, che nel momento della morte « del donante, il donatario è nondimeno impossessato « irrevocabilmente dal momento della donazione, del « dritto di prendere nel momento della morte del do-

2430. Poichè il donatario universale ha un possesso di diritto, un possesso convenzionale, che lo dispensa dalla dimanda del rilascio, ne siegue, che fa suoi i frutti dall'istante della morte, e che non gli si potrebbe applicare l'artic. 1005 del codice Napoleone (a), che regola la situazione del legatario universale relativamente al riservatario...

Dippiù i creditori del defunto hanno il dritto di convenirlo direttamente pei debiti, de'quali è tenuto, ed egli deve rispondere alla loro azione. Solamente, se crede di avere bisogno di tempo per prendere qualità, può ottenere un termine ragionevole. Decorso questo termine, bisogna, che accetti o ripudi. Rivestito di una qualità, che gl'imprime il contratto *ab origine*, e del quale i creditori hanno il dritto di prevalersi, non potrebbe lasciare indefinitamente in sospeso il regolamento diffinitivo d'una situazione, che tocca i più pressanti interessi della successione e dei terzi.

2431. Arriviamo ora alla quistione, se il donatario universale può prima della morte del donante, rinunziare alla donazione o contrattare sulle cose donate.

Codesta quistione è prossima di quella, che abbiamo ne'medesimi termini agitato relativamente all'erede contrattuale (1), e si risolve con le medesime considerazioni.

Una rinunzia, che il donatario facesse prima della morte del donante, non sarebbe valida neanche quando fosse fatta in un contratto di matrimonio a favore di una persona, alla quale volesse egli trasmettere il suo dritto. Dapoichè questa sarebbe meno una disposizione della sua propria successione, che una disposizione della successione del donante originario, tuttavia vivente. Ora l'art. 791 è formale su questo punto, e non vuole, che neanche il contratto di matrimonio, malgrado il suo favore, serva di mezzo a tali patti. Egli è vero, che il donatario non è simile in tutto ad un erede contrattuale nè neanche ad un legatario. Ma com'egli raccoglie dopo la morte di una persona tutti o parte de'beni, che compongono la successione di questa persona, è logico di applicargli la proibizione pronunziata dalla legge contra i patti sulle successioni future; se potesse rinunziare, potrebbe disporre del benefizio, che questa donazione gli promette. La porta sarebbe aperta a tutte quelle convenzioni, che racchiudono il *votum mortis*, e che offrono l'immorale spettacolo della divisione anticipata del patrimonio di una terza persona vivente (2).

Esiste in senso contrario un arresto della corte di Grenoble dei 15 di marzo 1820 (3), renduto sopra fatti anteriori alla promulgazione del codice Napoleone. Ma questa decisione non ci sembra sufficiente per modificare il nostro sentimento, che del resto possiamo autorizzare con un arresto della corte di Riom dei 30 di aprile 1811 (4), che contiene: « la donazione dei beni presenti e futuri non essen« do divisibile, che nella morte del testatore, « ogni rinunzio anteriore è nulla e come non « avvenuta ».

2432. Dopo di aver esaminato il caso di rinunzia, bisogna toccare quello di variazione, e dimandarsi, se il donatario dei beni presenti e futuri può dopo di avere accettata nella morte del donante i beni futuri, variare nella sua risoluzione, ripudiarli dopo e tenersi a'beni presenti per discaricarsi de'debiti, che si sanoprono. Senza dubbio può fare abbandono di tutti i beni, come più sopra abbiamo veduto, anche dopo di essersi immischiato. Ma non si versa su di ciò la nostra difficoltà, e si tratta di sapere, se avendo scelto di non dividere la donazione, può pentirsi e ritornare alla divisione, che ha respinto con conoscenza di causa.

La negativa è incontestabile: « *Mutare vo« luntatem cum non posse*, dice la legge 20 « *de optione elect. leg.*, *ut alia sumeret, quia « omne jus legati, prima testatione, qua su« mere se dixisset, consumpsit.* » E questo insegna espressamente Brodeau sul fondamento di un arresto dei 2 di gennajo 1637 (5); tal'è pure l'avviso di Lebrun (6): « Dapprima quan« do il donatario ha accettata i beni futuri, « quando ha eseguita la donazione indistinta« mente dopo la morte, non può più pentirsi e « pensare alla separazione. Questa inammessibi« lità è fondata sull'arresto de'2 gen. 1637 ».

In fine citiamo Furgole (7): « A tutto questo « bisogna aggiungere, che non appena il dona« tario ha fatta l'ozione, non gli è più permesso « di ritrattarsi o di variare, perchè la facoltà « di scegliere è consumata dalla prima scelta. « ma onde la scelta sia irrevocabile, bisogna « che sia stata fatta dopo la morte del donante ».

E Pothier (8) mette il suggello della sua eccellente intelligenza a questa unanimità degli au

« nante i beni, che gli sono stati donati. Così il conti« ge donatario non è tenuto di dimandare il rilascio « de' beni, da' quali gli si è fatta donazione per con« tratto di matrimonio ». V. anche Chabot sull'articolo 724. Codice Napoleone, n. 13 e Zachariae, § 739 nota 66, t. V, p. 540.

(a) Leggi civili art. 931. *Il trad.*

(1) *Sopra*, n. 2355.

(2) V. anche *infra*, n.° 2516 ove eg. ... septa con maggiore sviluppo.

(3) Devill., 6, 2, 230.

(4) Devill., 3, 2, 181 *Palazzo*, 9, 291. Nella notizia del giornale del Palazzo la liberalità è chiamata *do azione de' beni presenti e futuri*. Nella collezione di Devilleneuve è chiamata *instituzione contrattuale*. Le enunciazioni dell'arresto provano, che il giornale del Palazzo, ha detto il vero.

V. più basso n. 2516, delle decisioni, che hanno dell'analogia con questo punto.

(5) Su Louet, lett. D, somm. 8, n. 4 *V. op. cit.* n. 2358.

(6) *Success.*, lib. 3, cap. 2, sez. 2, n. 32.

(7) Sull'art. 17 dell'ordin., del 1731.

(8) Consuet. d'Orléans, tit. 15 introd., § 3, n. 23.

tori: « Ma il donatario avendo fatta questa scel« ta dopo la morte del donante, sia espressa« mente, sia tacitamente, *puta* dividendo dei « beni acquistati dopo della donazione, non può « più variare ».

Nè potrebb' essere diversamente sotto il codice Napoleone, che più ancora del dritto antico, tiene a che la proprietà sia ben stabile, e che delle moleste incertezze non pendino su dei dritti, che interessano i terzi.

2433. Nulladimeno si trova un arresto contrario della corte di Grenoble dei 28 di giugno 1823 (1).

Benedetto Poncet ha fatto nel 1789 una donazione della metà di tutti i suoi beni presenti e futuri al suo figlio Claudio Poncet nel contratto di matrimonio di quest' ultimo.

Benedetto Poncet muore; i figli di Claudio Poncet, premorto, venendo *jure suo*, hanno dimandato nel 1815 contra gli altri figli di Benedetto Poncet, loro zii, ed in qualità di donatari la divisione della successione comune. La divisione è stata fatta all'amichevole il 24 di settembre 1815, e si è versato supra tutti i valori della successione e sui beni presenti e futuri.

Il 2 di febbraro 1820 i figli di Claudio Poncet hanno fatto in cancelleria una rinunzia ai beni futuri, compresi nella donazione del 1789, per tenersi ai beni presenti e scindere la donazione. Gli altri figli Poncet hanno sostenuto la nullità di questa rinunzia. Eravi contra di questa divisione una obbiezione capitale, che non mancava di essere opposta ai figli di Claudio Poncet, ed era che con la divisione del 1815 avevano eglino accettata la donazione per lo intiero, e che erano irrecettibili a scinderla.

Nulladimeno la corte di Grenoble, impossessata della quistione, credè poter decidersi nel senso della divisione: « Attesochè secondo lo « art. 17 dell' ordinanza del mese di febbraro « 1731, che fa la legge delle parti, le dona« zioni nel contratto di matrimonio potevano « comprendere tanto i beni futuri che i presenti, « e che rimaneva a scelta del donatario di pren« dere i beni, quali si trovavano nel giorno « della morte del donante, pagando tutti i de« biti, anche quelli posteriori alla donazione, « ovvero di fermarsi ai beni esistenti nel mo« mento, in cui era stata fatta, pagando sola« mente i debiti ed i pesi esistenti nel detto « tempo;—che l' art. 36 della medesima legge « conferma questa disposizione, e dispone, che « in tutti i casi il donatario può rinunziare, se « così crede, alla donazione; che la legge del « 1731 è sempre stata intesa in questo senso, « che una liberalità a titolo gratuito non puole « in verun caso divenire onerosa, e che il dona« tario non potendo essere gravato al di là delle « forze dei beni, deve in ogni stato di causa es« sere ammesso a ripudiare; che la quistione « è stata sempre così giudicata anche prima « dell'ordinanza del 1731, che Furgole T. 6, « quist. 8, cita un arresto del parlamento di « Tolosa de'10 di settembre 1722, che ha de« ciso, che quantunque il donatario si fosse sot« toposto espressamente a certi pesi in favore « del donante o de' creditori, nulladimeno do« veva essere ammesso a ripudiare; che la nuo« va giurisprudenza è conforme all'antica su « questo punto, e che un arresto della corte « di Cassazione ha rigettato il ricorso contro « un arresto della corte di Parigi dei 25 feb« brajo 1819, che aveva deciso, che il donata« rio universale, anche dopo di aver accettata « e raccolta la donazione, poteva in ogni tem« po spogliarsene, restituendo i beni donati e « tutto quello, che aveva percepito; —che tutti « i dritti e le azioni risultanti dall' eredità di « Claudio Poncet sono passati sulla testa dei « suoi eredi, e che questi ultimi possono per « conseguenza ripudiare la donazione de' beni « futuri fatta da Benedetto Poncet. come avrebbe « potuto farlo lo stesso Claudio Poncet...ecc. »

Tale arresto non può spiegarsi, che per mezzo delle idee, che si avevano ne'paesi di dritto scritto sul'a donazione universale, che conteneva giusta gli autori e la giurisprudenza due diverse donazioni (2). In questo sistema si può benissimo concepire, che la donazione de'beni presenti lascia intatti tutt'i dritti relativi alla donazione futura, che n'è distinta, di sortechè dopo di avere dapprima accettata questa donazione, si possa ripudiarla separatamente dalla donazione de' beni presenti, dalla quale si distingue. Nonpertanto si è veduto or ora, che Furgole, comunque parteggiano della distinzione delle due donazioni, non spinge le conseguenze così lontane come la corte di Grenoble.

2434. Abbiamo veduto designarsi i caratteri dominanti della donazione universale e gli effetti giuridici, dai quali è circondata. Si è ora in istato di pronunziarsi sull'analogia della donazione universale e dell'instituzione contrattuale, analogia, che opera su molti punti dei considerevoli ravvicinamenti, ma che lascia sussistere sotto altri lati delle gravi differenze. Vi sono degli autori, che talvolta le hanno assimilate di troppo, e talvolta di troppo separate. Daguesseau diceva pure, che una donazione universale in un contratto di matrimonio non è, per parlare correttamente, che una instituzione contrattuale (3); il che è andare troppo lontano. Il fatto è, che sono due liberalità distinte per la loro essenza, ma spesso vicinissime nelle loro conseguenze (4). L'instituzione

(1) Devill., 7, 2, 234. *Palazzo*, 17, 1220.
(2) *Supra*, n.' 2389, 2390.

(3) *Infra*, n. 2456.
(4) *Supra*, n. 2416 *e passim*.

Digitized by Google

contrattuale fa un erede; la donazione fa un donatario. La prima si riferisce soltanto alla morte ed a' soli beni, che il disponente lascerà in tempo della sua morte; la seconda racchiude un elemento presente, e può per uon ozione, fatta in tempo della morte, contenersi oei beni presenti e rimontare fin al giorno del contratto.

L'instituito contrattuale essendo erede della sola massa lasciata in tempo della morte, non può dividere l'instituzione, e gli si applica la regola: *Semel haeres, semper haeres*. Al contrario il donatario de'beni presenti e futuri può dividere la donazione, che si compone di due nature di beni, e preferire i beni presenti a'beni futuri. L'instituito contrattuale è tenuto personalmente ed *ultra vires*. Il donatario non è tenuto, che a causa della cosa, *ob rem*. L'uno non può ripudiare dopo di aver accettato; l'altro dopo di essersi immischiato può abbandonare a'creditori l'intiero attivo della donazione, e così discaricarsi de' debiti.

Sotto tutti gli altri rapporti l'instituzione contrattuale e la donazione universale fraternizzano e si confondono per così dire, e molte quistioni, che toccano l'una, si risolvono co' principi, che governano l'altra.

2435. Del resto non si confonderà con la donazione cumulativa de'beni presenti e futuri, della quale si occupano gli articoli 1084 e 1085, una donazione, che contenesse due donazioni separate, l'una de'beni presenti autorizzata dall'art. 1081, l'altra de'beni futuri. Queste due specie di disposizioni possono evidentemente trovarsi *sopraposte* in un contratto di matrimonio. Spett'all'interpretazione di vedere, se l'intenzione delle parti è stata di farne due capi distinti ed indipendenti, o di cumularli per formarne un tutto (1). Tale intenzione non sarebbe dubbia, se per esempio risultasse dall'atto, avere voluto il donante, che il donatario fosse dall'istante della donazione proprietario irrevocabile de' beni presenti, de' quali si spogliava a suo favore; evidentemente vi è in questo una cosa diversa dalla donazione universale, della quale il codice Napoleone ha dato le regole.

2436. Si giudicherà lo stesso di una donazione, nella quale il donante donasse a'futuri sposi l'immobile *A* e l'immobile *B* di una maniera precisa, e gli donasse in seguito i suoi beni futuri. La donazione de'due immobili dovrebb'essere considerata come distinta dalla donazione de'beni futuri. Essa produrrebbe degli effetti attuali, impossesserebbe il donatario, e non sarebbe subordinata all'evento della sopravvivenza. La sola donazione dei beni futuri dipenderebbe da questa condizione. E la ragione si è, che la legge non si preoccupa della quistione di sopravvivenza (art. 1089 (a)), se non quando abbraccia una universalità (art. 1084 e 1085), una massa, nella quale tutto è cumulato, a fine di formare, come dice Lebrun, un emolumento nel giorno della morte, presso a poco come nel caso di successione; di sortechè se il donatario non vive più in questo momento, la liberalità svanisce. Ora non vi è nulla di simile nella donazione delle proprietà individualizzate, ed attualmente donate a titolo singolare.

2437. Per le stesse ragioni la mancanza dello stato dei debiti non impedirebbe al donatario di limitarsi agl' immobili A e B, perciocchè ne è già proprietario prima della morte, nè ha bisogno di un ozione, la quale suppone, che le cose siano intiere. Qui non lo sono, comechè l'attore ha agito per una virtù contemporanea della sua data, e la quistione di proprietà è stata tagliata *ab initio*.

2438. Del rimanente la donazione dei beni presenti e futuri è suscettibile di tutte le modificazioni e deviazioni, che non sono incompatibili coi buoni costumi e l' ordine pubblico. La volontà delle parti è sovrana, e può prestarsi all' infinita varietà degli interessi privati.

Si dimanda a questo proposito, se un donante potrebbe validamente inserire in una donazione di beni presenti e futuri la seguente clausola: « Voglio, che alla mia morte Pietro, donatario, abbia la facoltà o di accettare la donazione per lo intiero, o di limitarsi agli immobili A e B. Questa clausola può avere qualche utilità, affinchè il donatario limitandosi ai beni donati a titolo particolare, sia in una migliore posizione per rispetto ai debiti. Io non vi veggo inconvenienti, perciocchè la donazione eventuale degl' immobili A o B è una sorte di legato di ozione sotto forma d' instituzione contrattuale (2). È come se il donatario avesse detto: « Instituisco Pietro mio erede nei beni, che lascerò alla mia morte, se non ama meglio di contentarsi degli immobili A e B, che gli lascio nel caso, che li preferirebbe. « Diciamo, essere questa una instituzione contrattuale piuttosto, che una donazione di beni presenti e futuri. Ed in effetti il donante non ha donato tutti i beni presenti, dapoichè ha tolto al donatario la facoltà di eleggere per essi, ma egli evidentemente non ha donato contrattualmente, malgrado la sua formola, che quello, che lascerà in tempo della sua morte; il che è il carattere dell' instituzione contrattuale. In quanto agl'immobili A e B, non sono altra cosa, che due corpi certi, che potranno essere presi nella universalità dopo della morte; vi figurano come legato e non come donazione pre-

(1) Cassaz., ricorsi, 30 gennaro 1839 (Devill., 39, 1, 443). Cassaz., ricorsi, 18 marzo 1835 (Devill., 35, 1, 862). V. *infra*, n. 2443.

(2) *Sopra*, n. 2364.
(a) Leggi civili art. 1014. *Il trad.*

sente, non essendo stato attribuito su di essi al cun dritto preciso prima della morte. Sin là rimangono confusi nella massa, e non prendono un nome, una individualità, un carattere proprio, che quando è aperta la successione.

2439. Esaminiamo ora chi può fare la donazione dei beni presenti e futuri, a favore di chi, in quale atto, e sotto quale forma può essere fatta.

La donazione dei beni presenti e futuri può essere fatta dalle medesime persone e nella medesima forma dell' instituzione contrattuale.

Essa è validamente fatta da ogni persona capace di disporre a titolo gratuito, parente o non parente dei futuri sposi.

Non basta, che sia fatta in favore del matrimonio, ma bisogna, che sia fatta nello stesso contratto o negli annessi, che regolano gl'interessi pecuniari dei coniugi. Altre volte una simile donazione poteva essere fatta nel contratto di nozze, che sotto questo rapporto veniva assimilato nel contratto di matrimonio, e che riceveva una ratificazione dalla susseguente celebrazione del matrimonio (1). Non è più così al dì d'oggi, e non vi è che il contratto di matrimonio ed i suoi annessi, conformemente agli art. 1396 e 1397 del codice Napoleone, che possono contenere una donazione di beni presenti e futuri (2).

2440. La donazione si fa da un terzo ai futuri sposi o ad uno di essi. Dippiù è riputata fatta a'figli da nascere dal matrimonio, i quali sono volgarmente sostituiti al donatario.

Secondo il dritto antico essa poteva farsi in una maniera diretta e principale a favore dei figli nascituri dal matrimonio. Se ne trovano molti esempî: così il contratto di matrimonio stipulato tra il duca d' Orléans, poi Errico II, e Catterina dei Medici, che conteneva una donazione universale fatta dagli sposi a favore dei figli da nascere dalla loro unione (3).

Un contratto di matrimonio stipulato tra la signora de Lustrac, vedova del maresciallo S. Andrea, o messer Geoffroy barone di Caumont, conteneva pure una donazione di tutt'i beni presenti e futuri a favore de'figli, che nascerano dal matrimonio (4).

E quest'uso era autorizzato dall'ordinanza del 1731, che dopo di avere in generale annullata la donazione de' beni presenti e futuri, eccettuava da questa disposizione « le donazioni fatte per contratto di matrimonio in favore de' coniugi e de' loro discendenti (5) ».

Ciocchè permetteva di fare la donazione in una maniera diretta a favore de' discendenti (6).

Il codice Napoleone è meno largo; esso non permette le donazioni de'beni futuri fatte a favore dei figli da nascere, quando non è stata fatta una donazione principale a favore di uno degli sposi. Si è veduta qui sopra la disposizione dell'art. 1082 (7). Questa disposizione si applica alle liberalità, delle quali si occupa l'articolo 1084 (8).

In effetti il favore, del quale è circondato il contratto di matrimonio, ha un solo scopo, quello d'incoraggiare i matrimoni e di favorire la fondazione di una nuova famiglia. Ora è egli molto più importante, perchè questo scopo sia conseguito, che la liberalità si diriga principalmente agli stessi coniugi. Una donazione fatta agli sposi e sussidiariamente a' loro figli avrà più influenza sulla formazione del matrimonio, che una speranza incertissima, fondata sulla testa de' figli da nascere. Un'altra considerazione gravissima è, che val meglio pel rispetto della patria potestà, che i beni pervengano ai genitori, e restino nelle loro mani sino alla loro morte, invece di essere direttamente raccolti dai figli e di costituire loro una fortuna indipendente.

2441. Abbiamo detto più sopra (9), che il codice Napoleone, per prevenire delle gravi difficoltà, ha stabilito, che il donatario non potrebbe profittare del dritto di ozione, se non quando fosse annesso all'atto uno stato dei debiti e pesi del donante, esistenti nel giorno della donazione.

Bisogna, che lo stato sia molto dettagliato, affinchè ciascun debito si possa distinguere da ogni altro. Quindi si è giudicato con ragione, non essere il voto della legge adempito da una dichiarazione contenente, che « fatta compensazione tra l' attivo ed il passivo, il passivo può elevarsi ad una somma di... (12 mila franchi per esempio) »(10). E per vero se i creditori si presentano al donatario con dei titoli anteriori, ma senza data certa, e pretendono forse più della somma fissata, come conoscerà egli coloro, che deve pagare per soddisfare al peso, che la donazione gl' impone?

2442. L'obbligazione di presentare uno stato di debiti non cessa per la circostanza di essersi riserbato il donante l'usufrutto dei beni donati, perocchè questa riserva è indifferente pel caso particolare. Non cambiando il carattere della donazione, non ne cambia le condizioni nè gli ef

(1) Cassaz., ricorsi, 22 aprile 1834 (Devill., 1834, 1, 235).
(2) Sulla trascrizione della donazione universale. Vedete *sopra*, n. 1169.
(3) V. Servin, lib. 2, aring., 48.
(4) V. Bouguier, D, n. 8.
(5) Art. 17.
(6) *Sopra*, n. 2341.
(7) N. 2360.
(8) Sig. Duranton, t. IX, n. 729; Zachariae, ed i suoi annotatori § 744, nota 7.
(9) N. 2399.
(10) Limoges, 19 marzo 1841 (Devill., 41, 2, 442).

Digitized by Google

fetti essenziali; epperò il donatario non potrà usare di una azione della quale non adempie la condizione di esistenza (1).

Del pari se il donante avesse fatto concorrere il donatario a degli atti di alienazione dei beni donati ed alla compra, fatta dal donante di altri beni, non si potrebbe dire, avere questa circostanza modificato il carattere della donazione, che il donatario è stato impossessato dei beni presenti, e che per conseguenza non vi è stato bisogno di presentare lo stato dei debiti per fare l'azione; che questa azione non si deve fare, ma che essa è più che fatta, poichè il donatario è già investito dei beni presenti. Tali fatti non sono sufficienti per fare, che vi siano state originariamente due donazioni distinte in luogo di una donazione cumulativa. Per lo che bisogna restare nel dritto comune, ed escludere l'ozione, se lo stato dettagliato non è presentato (2).

2443. Si è andato più lontano, ed è stato deciso con arresto della corte di Grenoble dei 19 di gennaro 1847(3), che in mancanza di uno stato dei debiti si deve ricusare l'ozione al donatario, anche quando in virtù di una clausola del contratto è stato messo in possesso di tutti i beni presenti, di talchè deve accettare o ripudiare lo intiero senza potere dividere; che se ripudia, deve abbandonare i beni, dei quali il donante in sua vita l'ha messo in possesso.

Una tale decisione si giustifica da se stessa, quando è provato in fatto per interpretazione del contratto, che il donante non ha avuto l'intenzione di fare due donazioni separate, l'una dei beni presenti, l'altra dei beni futuri, e che malgrado l'immessione in possesso del donatario prima della morte del donante, questo ultimo ha voluto fare una donazione cumulativa di tutti i beni presenti e futuri. Sotto di questo punto di veduta si è messa la corte di Grenoble, e lo ha potuto, comunque i suoi motivi non siano esenti da rimprovero. A rigore una certa partecipazione del donatorio nei beni presenti in vita del donante non è radicalmente incompatibile col carattere cumulativo della donazione dei beni presenti e futuri.

Tuttavia nella specie giudicata dalla corte di Grenoble non sarebbe stato impossibile di trovare nel contratto di matrimonio due distinte donazioni (4). Ma non siamo abbastanza riscbinrati sui fatti per prendere partito contra la soluzione preferita dalla corte di Grenoble.

2444. Il codice non prescrive di fare uno stato estimativo e descrittivo dei mobili del donante nel momento della donazione, come nel caso di donazione tra vivi dei beni presenti mobiliari (5). Donde sieguono due cose: la prima, che il donatorio, che accetta la donazione nel suo intiero, profitta pure di tutti i mobili, sebbene non esista uno stato (6), perciocchè l'incertezza dei beni non vizia la donazione dei beni presenti e futuri, e il donatario prende quello, che esiste nel giorno della morte; la seconda che in mancanza di questo stato del mobiliare, il donatario non è privato del dritto di scegliere tra i beni presenti ed i beni futuri, poichè il legislatore non ha fatto di questo dritto una condizione (7).

Pertanto se nel caso, in cui non è stato redotto uno stato dei mobili, il donatorio sceglie per beni presenti, molti autori hanno insegnato, non aver egli dritto ai mobili per la ragione, che la donazione diviene una donazione di beni presenti, per la quale l'art. 948 del codice Napoleone esige imperiosamente lo stato dei mobili. Secondo essi il donatario si dovrà contentare dei beni immobili, e nondimeno soddisfare i debiti compresi nello stato (8). Questa opinione non è sostenibile. Se la donaziona fosse originariamente una donazione di beni presenti, quantunque fatta per contratto di matrimonio, non si avrebbe torto di applicarle l'art. 948(a); ciocchè risulta dal ravvicinamento di questo articolo con l'art. 947 (9). Ma la donazione, della quale parliamo, è altra cosa, dapoichè è originariamente e nel suo principio una donazione di beni presenti e futuri, per la quale non è necessario lo stato dei mobili. Ora per giudicare della validità di un atto bisogno riportarsi al tempo della sua confezione, e richiedere da esso le sole forme necessarie in quel momento.

Egli è vero, che pel fatto posteriore di una divisione e d'uno ozione dipendenti dalla pura volontà del donatario, la donazione diviene in realtà una donazione di beni presenti. Ma questo avvenimento, che sorge *ex post facto*, non può reagire sulla validità dell'atto preso nel suo punto iniziale. « *Initium inspiciendum est* ». L'atto era valido nel principio, e non può cessare di esserlo in prosieguo.

Epperò il nostro articolo, consacrando il dritto di ozione del donatario dei beni presenti, non fa eccezione pei mobili non dettagliati *ab initio*. Autorizza il donatario a prendere senza

(1) Cassaz., 31 marzo 1840 (Devill., 40, 1, 407. *Palazzo*. 40, 1, 579).
(2) Cassaz., 31 marzo 1840 (Devill., 40, 1, 407. *Palazzo*, 40, 1, 579).
(3) Devill., 48, 2, 144. *Palazzo*, 48, t. 1, 663.
(4) *Sopra*, n. 2435.
(5) Art. 948, *supra*, n. 1252.
(6) Cassaz., 27 febb. 1821. (Devill., 6, 1, 388. *Palazzo*. t. XVI, p. 410). Furgole sull'art. 17 dell'ordinan. del 1731. Grenier, t. III, n. 435. Toullier, t. V, n. 831, Dalloz, vº *Disposiz. tra vivi*, cap. XI, sez. 3, n. 8.
(7) Grenier, t. III, n. 435.
(8) Il sig. Rolland de Villargues, Rep., vº *Donaz. in favore del matrim.*, n. 38. Vazeille sull'art. 1084, n. 2. Zachariae, t. V, p. 542, § 740.
(a) Leggi civili art. 872. *Il trad.*
(9) *Sopra*, n. 1250.

Digitized by Google

distinzione tutto quanto era presente nel tempo della donazione; poichè obbliga il donatario a pagare tutti i debiti, e non vuole, che sia privato di una parte dell'attivo, sovente importantissimo, sotto pretesto della omessione di una formalità non richiesta in principio, ed anche contraria al pensiero del disponente, che volendo donare uo tutto insieme, non è entrato nel dettaglio del suo avere.

Il che Furgole insegnava positivamente sotto l'ordinanza del 1731, il cui art. 17 era conforme all'art. 1084. « Questo è così vero, che « nel caso dell' ozione fatta dal donatario dei « beni presenti, posso prendere i beni, che e- « sistevano in tempo della donazione senza ec- « cettuare i mobili, nè distinguerli dagli altri « beni (1). »

Egli è vero, che il donatario spesso avrà della pena a stabilire la consistenza dei mobili in tempo della donazione, ma è questa una difficoltà, della quale ha dovuto calcolare l'importanza nel fare la sua ozione. E dippiù si possono prevedere molti casi, in cui l'esistenza dei mobili è facilmente ed autenticamente provata, per esempio quando si tratta di una rendita sul gran Libro, di azioni della banca, di azioni delle ferrovie, delle azioni nelle intraprese industriali, ecc. ecc. Sarebbe allora giusto di togliere questo emolumento al donatario gravato dei debiti? Per lo meno quando l'art. 948 del codice Napoleone (a) annulla la donazione dei beni presenti per l'omessione dello stato dei mobili, non fa pagare i debiti al donatario. Qui gli si torrebbero i mobili, e non si detrarrebbe veruna parte dei debiti!!

2445. Le donazioni cumulative de' beni presenti e futuri sono le sole, delle quali il nostro articolo si occupa. Esso non parla delle donazioni de' beni futuri non miste di beni presenti. Nulladimeno è un genere di disposizione, che ha il suo posto in questo studio. L'art. 1093 (b) li menziona specialmente nelle donazioni di sposo a sposo. Ed il legislatore malgrado il suo silenzio non ha intenzione d'interdirle nelle donazioni fatte da' terzi con contratto di matrimonio. Colui, che può donare i suoi beni presenti e futuri, può con più forte ragione donare soltanto i suoi beni futuri (2). Per lo che niun dubbio potrebb' esistere a tale riguardo.

Ma evvi maggiore difficoltà per precisare il vero carattere della donazione de' beni futuri.

Per pervenirvi bisogna sin da prima distinguere tra la donazione de' beni futuri fatt' a titolo particolare e la donazione de' beni futuri fatti a titolo universale (3).

La donazione de' beni futuri a titolo particolare ha luogo, allorchè, per esempio, vi dono i lucri, che farò con la società, che ho costituita con Pietro, e che deve durare dieci anni (4). Tale donazione deve produrre il suo effetto subito dopo la liquidazione della società, che fisserà una quota ne' lucri. Voi potrete farvene impossessare anche in mia vita, nè in questo atto vi è nulla, che non si paragoni ad un contratto di dritto comune, come ad un contratto d'ipoteca de' beni futuri, formato nei termini dell'articolo 2130 del Codice Napoleone (c), e che dà dritto al creditore a misura degli acquisti.

In quanto alla donazione di tutti i beni futuri o di una quota de' beni futuri, la cosa è diversa a causa del suo carattere di generalità e della sua relazione con la morte del disponente; essa non differisce da un' istituzione contrattuale *parte in qua*. L'obbietto della donazione cadendo sopra cose indeterminate ed incerte, che non prenderanno un carattere di certezza, che per la morte del disponente, non vi è ivi, se non la collazione di un titolo successivo per contratto. Non vi si trova l'elemento presente, che rappresenta una così importante parte nella donazione de' beni presenti e futuri, e che la distingue dall' instituzione contrattuale. Qui tutto è abbandonato all' eventualità dell' avvenire; la donazione non ha in veduta, che delle cose sottoposte ad un *alea*, e dipendenti dalla volontà ambulatoria del disponente, che può acquistare o non acquistare. Quest' ultimo non dona, che un futuro contingente, un profitto, se ve n'è, in tempo della sua morte. Quale altra cosa è il dono di una successione o di una parte d'una successione?

Del resto non vi sono esempi di donazioni di beni futuri fatte nei contratti di matrimonio da un terzo ad uno dei futuri coniugi, ma vi si trovano soltanto donazioni di beni presenti e futuri. Nulladimeno Pothier ha fatto la distinzione, e bisogna mantenerla (5).

È vero, che esse sono frequenti nei contratti tra i futuri coniugi (6), e non bisogna stupirsene. Due persone, che si uniscono in matrimonio, hanno il dritto di sperare, che la loro unione sarà prospera, e che il loro lavoro comune li farà ricchi. Epperò è naturale, che dispongano

(1) Su questo articolo, p. 161.
(a) Leggi civili art. 872. *Il trad.*
(b) Leggi civili art. 1048. *Il trad.*
(2) V. d'altronde, *infra*, n. 2455, o l'argomento fornito dall'art. 1086.
(3) Furgole sull'art. 15 dell'ordinan. del 1731, p. 135.
(4) *Infra*, n. 2455.
(c) Leggi civili art. 2016. *Il trad.*

(5) Consuetudine d'Orleans, introd. al tit. 15, n. 26. Egli parla della donazione de' beni futuri, poi immediatamente della donazione de' beni presenti e futuri. Ma non indica qual'è la natura della donazione de' beni futuri.
(6) Art. 1093 (*).

(*) Leggi civili art. 1048. *Il trad.*

Digitized by Google

l' uno a favore dell'altro dei loro futuri profitti, e delle cose mobiliari e future, che lasceranno in tempo della loro morte (1).

La posizione dei terzi, che fanno delle liberalità agli sposi è tutta differente, e non ispira loro le medesime disposizioni Ma noi crediamo, che se per azzardo una tale donazione s' incontrasse, dovrebbe regolarsi coi principî dell' instituzione contrattoale; il che inferiamo dallo art. 1093 del codice Napoleone così conceputo:

« La donazione dei beni futuri o dei beni presenti e futuri fatta tra coningi. . . sarà sotte« posta alle regole stabilite nel capitolo preceS dente per le donazioni simili, che saranno « fatte da un terzo ecc. ecc. (a) ». E quali regole si potrebbero prendere in prestito dal capitolo VIII per applicarle alle donazioni dei beni futuri, se non le regole della iostituzione contrattuale? (2)

Del resto è chiaro, che chi non dona, se non i suoi beni futuri, non intende donare i suoi beni presenti, e che il donatario non ha alcun dritto sui beni esistenti nel tempo della donazione. Egli oltrepasserebbe il suo titolo, se volesse trasformare la liberalità in una donazione cumulativa. Vi è nella natura delle cose una profonda separazione tra i beni presenti ed i beni futuri. Come li distingue la legge (3), ha potuto pure distinguerli il donante, ed il donatario deve contentarsi della parte, che gli è fatta.

Articolo 1086 — (Soppresso)

La donazione per contratto di matrimonio a favore de' coniugi e de' figli da nascere dal loro matrimonio potrà essere fatta a condizione di pagare indistintamente tutti i debiti o pesi della successione del donante, o sotto altre condizioni, la cui esecuzione dipenderebbe dalla sua volontà, da qualunque persona la donazione sia fatta: il donatario sarà tenuto di adempiere tali condizioni, se non vuole piuttosto rinunziare alla donazione, e nel caso che il donante per contratto di matrimonio si sia riserbata la libertà di disporre di un effetto compreso nella donazione dei suoi beni presenti, o di una somma fissa da prendersi su questi medesimi beni, l' effetto o la somma, s'egli muore senza averne disposto, saranno riputati compresi nella donazione, ed apparterranno al donatario o a' suoi eredi (b).

(1) V. Brodeau su Louët, lett. D, somm., 10, n. 7.

(a) Leggi civili art. 1048. *Il trad.*

(2) *Aggiungi*, i sig i Duranton., t. IX, n. 671. Coin-Delisle, sull' art. 1082, *passim*. Zachariae, § 739, 1.° t. V, p. 503, ediz.. de' signori Aubry e Rau

(3) Art. 943 (*). Art. 15 dell' Ordinanza del 1731.

(b) Il progetto presentato al Supremo Consiglio di Cancelleria conteneva l' art. 1020, che corrispondeva all' art. 1086 del codice Napoleone. Esso però incontrò delle difficoltà nella Camera di Grazia e Giustizia di quel Collegio. Il Consigliere Sollima osservò: « La » roba riserbata, di cui non si è disposto, deve andare » all' erede legittimo, non mai al donatario, eccetto » patto in contrario. Ciò nasce dalla massima, che dare e ritenere non si può. Nell' articolo dunque devesi » dire l' opposto. È vero, che tali donazioni sono privi« legiate, e si può in esse apporre tutto ciò, che non è » contrario a' buoni costumi; ma tutto quello, che con« tiene contradizione, non può formare oggetto di ve» runa disposizione o convenzione. Come si può presu« mere la donazione nell' atto, che si ritiene? »

Come si scorge, l'osservazione del Consigliere Sollima cadeva sull' ultima parte dell' articolo, con la quale vien detto, che se il donante si riserbi la facoltà di disporre su' beni presenti di un fondo o d' una somma certa, così questa che quello, morendo egli senz'averne disposto, si riputeranno compresi nella donazione, ed apparterranno al donatario o a' di lui eredi. Simile disposizione costituiva una eccezione alla regola stabilita nell' art. 946 dello stesso codice Napoleone, corrispondente all' art. 870 delle nostre Leggi civili, col qual' è detto, che nello stesso caso di riserba della facoltà di disporre di qualcuno degli oggetti donati, tale oggetto apparterrà agli eredi, del donante, se questi non ne ha disposto. Epperò il Consigliero Magliano soggiunse: » Che dovrebbe togliersi quest' articolo, e seguirsi le » regole contenute nell' art. 898 del progetto (che cor» risponde al citato articolo 870 delle leggi civili) co» me più semplici. » — Al che dal Consigliere Sarno fu aggiunto —: » Bisogna distinguere riserva di cose « da riserva di dritto sulla cosa donata. Chi riserva un » cespite per disporne, non lo dona sicuramente. Chi « poi riserbasi una facoltà, si riserba un dritto di fare, « che non facendo, non diminuisce il dono, ma può dir» si, che tutto dona sotto condizione, se non ne dis« ponga ».

Il favore del matrimonio aveva dettato l' art. 1086, del codico francese; esso comprendeva tre parti, la prima di potersi donare sotto condizione di pagare indistintamente ogni debito a carico del donante anche posteriore alla donazione; la seconda di potersi donare sotto condizione, la cui esecuzione dipendesse dalla sola volontà del donante; finalmente la terza sulla spettanza dell' oggetto, di cui il donante si era riserbata la facoltà di disporre, e del quale non aveva disposto. Quest' ultima parte promosse la critica del Consigliere Sollima, il quale riteneva, che comunque il favore del matrimonio permettesse qualunque specie di clausola, all' infuori di quelle contrarie a' buoni costumi, pure esso non potev' autorizzare una contradizione, e che sia una contradizione il donare, mentre nell' atto si ritiene.

Ed a siffatt' osservazione rispondeva il Consigliero Sarno con la distinzione tra la riserva, che cade su di uno de' cespiti donati, e la riserva della facoltà di disporre di uno de' cespiti medesimi. E difatti se dono la mia casa nella strada B., ma mi riserbo di disporre del quartino al pian terreno della stessa, non dono il quartino, perchè l' eccettuo, l' escludo dalla donazione, ed è come, se avessi detto. Dono la casa, meno il quartino. Per lo che se in questo caso si ordinasse, che il quartino in mancanza di disposizione da parte del donante, dovesse appartenere al donatario, sarebbe più d' una contradizione, perchè sarebbe un sostituire la volontà della legge a quella della parte. Ma se invece dono la mia casa nella strada B, e mi riserbo la facoltà di disporre del quartino al pian terreno, tutta la casa è

(*) Leggi civili art. 867. *Il trad.*

Digitized by Google

SOMMARIO

COMENTARIO

2446. La regola « *donare e ritenere non vale* », che altro non è, che una energica traduzione del principio della irrevocabilità delle donazioni tra vivi, importa molte conseguenze, dedotte e spiegate dagli art. 943, 944, 945, e 946 del codice Napol. (1). Ma già si sa, (perocchè l' abbiamo sovente ripetuto), che questo principio riceve eccezione nei contratti di matrimonio, che sono suscettibili di tutte le clausole non contrarie all' ordine pubblico ed ai buoni costumi, e che comportano tante numerose derogazioni al dritto comune. Così abbiamo veduto, che la legge con gli articoli 1082 a 1085 permette di donare per contratto di matrimonio la successione del donante ed i suoi beni futuri, il che vieta l' art. 943. Con l' art. 1186, del quale cominciamo il comentario, è permesso di donare sotto condizioni, la cui esecuzione dipende dalla sola volontà del donante; il che è contrario all' art 944. È ugualmente permesso di donare sotto la condizione di pagare dei debiti e pesi del donante, diversi da quelli esi-

compresa nella donazione, se non che per effetto della riserva fatta posso rivocarla o risolverla, disponendo del quartiono a favore di un' altra persona. In questo non vi è contradizione, ma violazione della regola legale, che vuole, che il donante per atti tra vivi debba spogliarsi attualmente ed irrevocabilmente, e che perciò non sono permesse le condizioni potestative. Laonde era a vedersi se a questa regola si potesse fare una eccezione per il favore del matrimonio.

Tali erano i termini, a' quali l' osservazione del Consigliere Saroo riportava la quistione, ma l' osservazione del Consigliere Magliano le diè un aspetto più generale, imperciocchè avendo egli detto, doversi seguire come più semplice la regola scritta nell' art. 898 del progetto (870 delle Leggi civili) ossia la regola generale, ed il Collegio essendosi uniformato al di lui parere, venne ad escludersi l' eccezione senza però discoprirsi il motivo, per il quale nella precedente legislazione era stata ammessa. E quel, ch'è più, l'osservazione sull' ultima parte dell' articolo lo fece escludere per l' intiero, senzachè si discutesse, se le altre due sue parti, che formavano due altre eccezioni al principio delle irrevocabilità della donazione, dovessero essere almeno conservate nella riforma legislativa. Siegue forse da ciò, che le nostre Leggi civili favoriscono meno del codice Napoleone il contratto di matrimonio? No, perchè, tranne quella di cui parliamo, tutte le altre disposizioni, che il favore del matrimonio aveva fatto adottare dal codice francese, sono state ritenute dal codice nostro. E d' altronde abbiamo veduto per quali ragioni l' art. 1086 del detto codice francese, già ritenuto dal progetto, rimanesse escluso dal Supremo Consiglio di Cancelleria.

Peraltro l' art. 1057 delle nostre Leggi civili, pari all' art 1081 del codice Napoleone, aveva già dichiarato, che ogni donazione tra vivi di beni presenti, comunque fatta per contratto di matrimonio agli sposi o ad uno di essi, devess' essere sottoposta alle regole generali prescritte per le donazioni fatte a tal titolo; il che in Francia, come il nostro autore rileva (N. 2447), aveva fatto dubitare dell' applicabilità dell' art. 1086 alla donazione de' beni presenti. Epperò è da dirsi, essersi voluto presso di noi tener fermo e quella regola generale, che si era scritta in testa di questo capitolo delle *Donazioni per contratto di matrimonio. Il trad.*

(1) V. *Sopra*, n.i 1193 e seg.

stenti nell' epoca della donazione e dichiarati espressamente, per esempio sotto la condizione di pagare tutti i debiti e pesi, che graveranno la successione del donante; il che è una notevole derogazione dell'art 945. Inoltre essa permette al donante di riserbarsi la libertà di disporre di un effetto compreso nella donazione o di una somma da prendersi sui beni donati, di tal che l'effetto o la somma apparterranno al donatario, se il donante non ne ha disposto; il che è una combinazione vietata nel dritto comune dall'art. 946. Epperò si ha ragione di dire, che la regola « *donare e ritenere non vale* », non è osservata nei contratti di matrimonio. Il che non significa, che queste donazioni non impossessano, perchè avvi in esse un legame, che non può essere infranto, ma impossessano soltanto sotto le condizioni, che vi sono apposte. Sono irrevocabili per quello, che contengono, e come diceva la consuetudine Borbonese, esse impossessano, venendo il caso (1).

Del resto tutto questo è preso ad improntò dall' antica giurisprudenza, che non favoriva il matrimonio meno del codice Napoleone (a), e che aveva perfettamente veduto, che le precauzioni prese dalla legge per impedire le frodi nelle materie ordinarie, non avevano veruna utilità nei contratti di matrimonio (3). Essa riteneva come un punto di dritto costante, che la stabilità delle donazioni fatte nel contratto di matrimonio si conciliava con l' inosservanza della regola « *donare e ritenere non vale* ». L' ordinanza del 1731 non aveva mancato di consacrarlo. Ed in effetti l'art. 18 era così conceputo: « Intendiamo del pari, che le donazioni dei beni presenti, fatte a condizione di pagare indistintamente tutti i debiti e pesi della « successione del donante, anche le legittime « indefinitamente, o sotto altre condizioni, la « cui esecuzione dipenderà dalla volontà del « donante, possono aver luogo nei contratti di « matrimonio in favore dei coniugi o dei loro « discendenti, da qualunque persona tali donazioni siano fatte, e che il donatario sia tenuto « di adempiere tali condizioni, se non ama meglio di rinunziare alla detta donazione; e nel « caso che il detto donante per contratto di matrimonio si sia riserbata la libertà di disporre di un effetto compreso nella donazione dei « suoi beni, o di una somma fissa da prendersi « su i detti beni, vogliamo, che se muore senza « averne disposto, il detto effetto o la detta somma appartenga al donatario o ai suoi eredi, e « sia riputato compresa nella detta donazione ».

Abbiamo creduto di dover mettere questo articolo sotto gli occhi del lettore, perchè può servire a rischiarare l'art. 1086 per degli utili ravvicinamenti. Del resto tutti due sotto una formola differente arrivano al medesimo scopo.

2447. Quello che vi è dippiù eccezionale nelle disposizioni dell' articolo 1086, non è di vederlo alterare la irrevocabilità della donazione in quanto concerne i beni futuri o l' instituzione contrattuale, dappoichè queste disposizioni per la loro natura lasciano un' assai grande libertà al donante, ma è, che permette l' inserzione delle clausole e delle condizioni, di cui si parla, in una donazione di beni presenti per contratto di matrimonio. Di talchè la corte di Riom aveva dubitato della volontà del nostro articolo di abbracciare anche i beni presenti, ed aveva creduto di potere decidere, che l' articolo 1081 (a) limitasse l' art. 1086, e lo rendesse straniero ai beni presenti.

Ma è questo un errore evidente. Ed in effetti abbiamo veduto, che l' art 18 della ordinanza del 1731 si occupa espressamente delle donazioni dei beni presenti. L'art 1086 ha lo stesso pensiero; la disposizione ne è generale, e si riferisce a tutti gli articoli precedenti. E se non comincia, come l'ordinanza, da queste parole: « Intendiamo, che le donazioni dei beni presenti, ecc... » non è meno vero, che nella sua seconda parte, e giungendo alla riserva di disporre, suppone, che questa clausola sia aggiunta ad una donazione di beni presenti. Da che siegue, che quando l' art. 1081 sottopose tutte le donazioni tra vivi di beni presenti, quantunque fatte per contratto di matrimonio, alle regole generali prescritte per le donazioni fatte a tal titolo, si deve sottintendere essere sotto riserva delle modificazioni apportate a queste regole dall' art 1086. D'altronde la ragione dice, che così dev' essere. Il legislatore considera il favore del matrimonio come più importante degl'interessi, che hanno fatto stabilire la regola: « *donare e ritenere non vale* ». Ora questo motivo rende inapplicabili a tutte le disposizioni, quali si siano, fatte per contratto di matrimonio tutte la conseguenza del principio dell' irrevocabilità; il perchè l'arresto della corte di Riom è stato cassato dalla corte di cassazione con arresto del 27 di decembre 1815 (4).

2448. Passiamo in rivista le condizioni eccezionali, che il nostro articolo autorizza. La prima è di pagare tutti i debiti ed i pesi del a successione del donante. Questi debiti possono essere numerosi, e la volontà del disponente può elevarli sino alla sua morte ad una cifra onerosa. Ma non importa, perchè il donatario ha accettato questa eventualità aleatoria, la quale non è inconciliabile con la donazione tra vivi

(1) Art. 219. Auroux des Pommiers su 212, n. 10.

(2) Auvergne, cap. 14, art. 25. Vermandois, art 53. Chalons, art. 65. Borbonese art. 212. Bar, art. 167.

(3) Dumoulin, postilla sull' art. 160 dell' antica consuetudine di Parigi. Brodeau su Louët, lett D, som. 5, n. 1.

(a) Leggi civili art. 1037. *Il trad.*

(4) Devill., 5, 1, 129.

fatta nel contratto di matrimonio. Epperò deve o pagare questi debiti o ripudiare la donazione. Tale è la disposizione del nostro articolo (a).

2449. Questo articolo non dice in termini espressi, se il donatario può rinunziare alla donazione, anche quando vi si è immischiato (1). Ma riflettendovi, non vi è dubbio, che risolva questa quistione implicitamente per l'affermativa. In effetti esso si applica così alle donazioni dei beni presenti, che alle donazioni cumulative de'beni presenti e futuri. Ora supponiamo, che Pietro dia a Francesco, che si marita e per il suo matrimonio le due terre, che egli possiede nel dipartimento della Meurthe col peso di pagare la metà dei debiti della successione. Francesco, che in tempo della morte, si accorge, che i debiti assorbiscono i beni, può giusta il nostro articolo rinunziare alla donazione, quantunque questa lo abbia messo sin dal tempo del matrimonio in possesso, e quantunque per conseguenza si sia immischiato. Non vi è nulla da rispondere a questo ragionamento, e si può dire con certezza, che il nostro articolo non rimane verun dubbio sulla soluzione, che ne facciamo scaturire.

2450. Invano si opporrebbe, avere noi più sopra insegnato (2), non potere il donatario ripudiare la donazione accettata, quando i pesi, dai quali si vuol esonerare con questo abbandono gli sono stati imposti con delle clausole espresse del contratto. Imperciocchè è vero, che nelle donazioni governate dal dritto comune, non è permesso al donatario di discaricarsi da una convenzione reciproca, che gl' impone, in virtù di un patto preciso e maturamente concertato, un peso perfettamente definito anticipatamente, e che interessa il donante; ma qui la situazione non è la stessa, e noi ci troviamo in presenza di una donazione, che sottopone il donatario a dei pesi indefiniti e potestativi. Perocchè di queste sole si occupa l'art. 1086. Ora non si può applicare ad un donatario messo al cospetto di eventualità, delle quali non ha potuto anticipatamente valutare l' importanza, e che dipendono dal fatto arbitrario del donante, la regola, che domina un donatario, che ha stabilita egli stesso la propria condizione dopo di avere potuto misurare la gravezza del peso imposto. Egli ha potuto credere, che il donante non abuserebbe del dritto di fare dei debiti, e che conserverebbe equamente alla donazione il suo carattere di liberalità. Poichè il donante ha oltrepassato i confini, è giusto, che il donatario alla sua volta ne possa uscire per non essere vittima della sua confidenza.

Così tutto si lega nella nostra dottrina, e lo art 1086, scritto per un caso particolare, manca d' influenza nelle donazioni governate dal dritto comune.

2451. Aggiungiamo un'altra considerazione. La giurisprudenza, che lega il donatario al peso espresso della donazione, dev' essere intesa in questo senso, che trattasi di un peso, che dà all' atto un colore di commercio, come l'abbiamo espressamente rilevato più sopra (3). Bisogna, che il peso sia stipulato in favore del donante, e ch' egli abbia un interesse personale e reale a dimandarne l'adempimento. Tale sarebbe il peso di pagare al donante una rendita vitalizia, o di alloggiarlo e nudrirlo sua vita durante. Ora l'obbligazione di pagare tali o tali altri debiti non ha questo colore di commercio; essa non dà al contratto un carattere commutativo; non partorisce de' doveri reciproci particolari. Essa non fa, che applicare la regola di dritto: *bona non dicuntur, nisi deducto aere alieno* (4), ed anche quando si trattasse di una donazione di beni presenti con condizione di pagare i debiti contenuti in uno stato dettagliato, pensiamo, che il donatario, che si fosse ingannato sul valore de' beni, potrebbe ripudiare la donazione, se riconoscesse di essergli onerosa. Ed in effetti in simile caso il donante avendo voluto essere liberale, non gli si può prestare l' intenzione di avere fatto una speculazione per prendere il donatario nel laccio, e renderlo vittima della sua buona fede. Egli ha parlato de' debiti solamente a causa de' beni, e non per esonerarsene a spese del donatario. Per lo che il donatario può rinunziare a' beni per esonerarsi da' debiti. Ch' è quel, che noi abbiamo qui sopra insegnato con tutti gli autori (5), e che non potrebb' essere contradetto. Epperò sotto di questo nuovo aspetto non si potrebbe opporre alla soluzione, che forma l'obietto del n. 2449, la dottrina emessa sul n. 69.

2452. In quanto alle donazioni universali non abbiamo nulla ad aggiungere a quello, che

(a) È chiaro, che una donazione di tal fatta in un contratto di matrimonio non sarebbe accettata, quando lo stato del patrimonio del donante ed il modo della sua amministrazione non fornissero una sicurezza morale, che nuovi debiti non verranno a scemare l' emolumento della donazione. Le donazioni per contratto di matrimonio non sono una liberalità pura, una di quelle liberalità, che nulla richiedendo al donatario, questi non perde nulla, ove pure venisse a mancare il beneficio della donazione. Lo sposo e la sposa, che contrae un matrimonio, stipulando una donazione, si addossa il peso di una nuova famiglia, ed ha quindi gravissimo interesse a provvedere, che non svaniscano i mezzi per mantenerla. D' altronde il donante se dona, è perchè ha interesse, che il matrimonio succeda, e tale interesse non può renderlo indifferente e che il donatario accetti oppur no le condizioni, ch' egli gli offre. Epperò con ragione la legge, mentre favoriva il matrimonio, si rimetteva al giudizio ed all' interesse de' contraenti per la stabilità morale della donazione.

Il trad.

(1) *Supra*, ni 60, 64 e seguenti.
(2) *Supra*, n. 69.
(3) N. 69.
(4) *Supra*, n. 1217.
(5) *Loc. cit.*

Digitized by Google

abbiamo qui sopra esposto sulla facoltà del donatario di discaricarsi dei debiti, abbandonando i beni, anche quando si è immischiato (1). Rimarcheremo, che questo quistione sorta dai termini precisi del nostro articolo, che si occupa unicamente del caso, in cui la donazione contiene un peso espresso di pagare dei debiti eccezionali, mentre invece nella donazione dei beni presenti e futuri il peso di pagarli è naturale e di dritto. Aggiungiamo, che quello, che fa la difficoltà nel caso di donazione di beni presenti a futuri è l' analogia di questo specie di liberalità con l'instituzione contrattuale. Nulladimeno l' art. 1086 offre un argomento, che non bisogna disprezzare.

2453. L'obbligazione di pagare tutti i debiti della successione non è la solo autorizzato dallo art. 1086, comcchè permette ancora d'imporre dei pesi dipendenti dalla volontà del donante. Tale sarebbe l' obbligazione di eseguire il testamento lasciato dal donante (2).

So tal subbietto vi è da fare un'osservazione; antichi ed importanti arresti hanno deciso, dover essere questo peso limitato allo obbligazione di pagare le spese funerarie, nè essere il donatario tenuto dei legati ed altri pesi (3). Si può citare un arresto del parlamento di Parigi dei 14 di aprile 1576, pronunziato in toga rossa ed un secondo dei 20 di aprile 1614 (4). Dumoulin dava alla clausola un poco più di estensione, spiegandola così: « *reservationem te-* « *standi super rebus donatis intelligi debet* « *de parte, ut non vitiet donationem, non de* « *omnibus, sed secundum dignitatem perso-* « *nae*(5). » Egli è certo, che in questo senso questa clausola doveva essere intesa nelle donazioni soggette alla regola « *donare e ritenere non vale* », o fine di fare valere la donazione (6). Ma non so, se le si potrebbe imporre codesti limiti nella specie di una donazione, che permette di sottoporre la liberalità a dei pesi dipendenti dalla volontà del disponente. L'arresto del 1574 era forse renduto a proposito di una donazione fatta con un contratto di matrimonio? Lo ignoro. Quello dei 20 di aprile 1614 concerne una donazione reciproca, e questa circostanza è da considerarsi. I giudici non vollero, che colui, che morrebbe il primo, avesse il potere di rendere la donazione reciproca senza effetto mercè una sfrenata quantità di legati.

2454. Tra le condizioni potestative, che possono trovar luogo nelle donazioni per contratto di matrimonio, si può citor questa: « Dono al « futuro coniuge 100,000 franchi da prender- « si su gl' immobili, che lascerò nel giorno « della mia morte, senzachè questa donazione « mi vieti di alienarli. » Benchè il donante possa annullare la donazione mercè le sue vendite, questa donazione si sostiene sotto il favore delle eccezioni, delle quali il contratto di matrimonio è circondato. D'altronde bisogno dire, che quando anche il donante non si fosse riserbato il dritto di alienare, questo dritto esiste virtualmente ed è sottinteso, poichè egli non ha voluto dare la somma, che a condizione, che sarebbe presa nei valori immobiliari lasciati nella sua morte (7).

A tale proposito si può citore la seguente decisione, che offre un rimarchevole caso di simile peso. Madamigella M... aveva donato col suo contratto di matrimonio al suo futuro marito 200,000 lire da prendersi sugl'immobili, che le apparterebbero nella sua morte. Il marito è interdetto: la moglie vende con autorizzazione del giudice il suo unico immobile, e muore prima di avere riscosso il prezzo integrale. I creditori del marito vogliono essere pagati delle 200.000 lire dote al loro debitore sul prezzo tuttavia dovuto dell' immobile venduto. Ma la loro dimanda fu rigettata con arresto del parlamento di Parigi dei 23 maggio 1781, perchè la somma era stata donata per essere presa sugl'immobili lasciati dalla donatrice, e che niun immobile vi era nella sua successione (8).

Nè era una seria obbiezione il dire, essere contrario a tutte le regole, che il donante potesse rivocare la donazione, vendendo tutti i suoi immobili. Ed in effetti l' art. 18 della ordinanza, del pari dell' art. 1086 del codice Napoleone, permetteva di fare nel contratto di matrimonio delle donazioni sotto della condizioni potestative.

2455. In seguito delle medesime idee il donante può ugualmente donare un bene, del quale è attualmente proprietario, purchè faccia parte della successione. Questa è una specie di legato fatto per contratto, o per dir meglio una donazione degenerante in una instituzione contrattuale a titolo particolare (9).

Si può pure donare un tale immobile, se se ne divieno proprietario. In questo vi è senza dubbio una condizione potestativa ed una donazione di bene futuro. Ma il nostro articolo, lungi dal mettervi ostacolo, autorizza un patto di questa specie per derogazione dell' art. 943 del codice Napoleone. Similmente nulla vieta d' inserire in un contratto di matrimonio una donazione così concepita: « Dono a Pietro, fu- « turo sposo, tutti i profitti, che farò nella so-

(1) N.i 2415 e seguenti.
(2) Brodeau su Louet, lettera D, somm. 10, n. 4.
(3) *Id.*
(4) Brodeau su Louet, lettera D, somm. 10, n. 4. Bocrio, quaest. 244, n. 9.
(5) Su Auvergne, cap 14, art. 20.

(6) Argom. dalla Consuet. del Nivernese, T. *delle donazioni*, art. 3. Auvergne, cap. 14, art. 20. Chabrot su questo articolo.
(7) *Supra*, n. 2364.
(8) Merlin, Repert., v° *Donazione*, sez. 3, § 4, n. 6.
(9) *Supra*, n. 2361.

Digitized by Google

« cietà, che ho fatto con Francesco, e che deve « durare quindici anni ». Una tale donazione, versando su dei beni futuri, non sarebbe ammessa nei termini ordinari del dritto comune (1). Io un contratto di matrimonio si presta soccorso a tutte le clausole, che sono atte a favorire l' unione coniugale.

Infine si può donare tutti i suoi beni futuri; il che più sopra abbiamo veduto (2); questa disposizione si confonde con la instituzione contrattuale, ed ha relazione con la successione futura del donante.

2456. La terza eccezione alla regola « *donare e ritenere non vale*, che prevede il nostro articolo, è quella, che consiste nella facoltà di cui gode il donante per contratto di matrimonio, di riserbarsi il dritto di disporre di tutti o parte de' beni, che dona. Nulla più di questa riservo è contrario al dritto comune, perchè è apertamente donare e ritenere, ma il favore del contratto di matrimonio corregge molti vizi.

Quando una persona dona tutti i suoi beni presenti e futuri, benchè non si spogli, nondimeno s' interdice di disporre dei suoi beni o titolo gratuito, tranne che per modiche somme. E per conseguenza è naturale, che si riservi il dritto di testare di alcune cose o di alcuni valori, che esso definisce nel contratto o di donarli tra vivi. Aggiungiamo non essere questa riserva contraria alla essenza delle donazioni universali, che hanno delle grandi analogie con le instituzioni contrattuali, ed alle quali la massima «*donare e ritenere non vale*» è tuttaffatto inapplicabile. Essa si faceva abitualmente in certe provincie, ove per effetto delle idee romane si aveva un'affezione pronunziata pel diritto di testare (3). Apprendiamo ancora dalla corrispondenza di Daguesseau, che il parlamento di Grenoble nell'epoca della ordinanza del 1731 aveva espresso il desiderio, che neppure io un contratto di matrimonio si potesser donare tutti i suoi beni senza riserbarsi la disposizione di un qualche valore. Ma il cancelliere Daguesseau non si arrestò a queste osservazioni, ed ecco i suoi motivi. « Il favore del matrimonio è così « grande, che vince le regole più generali.... « Una simile donazione in un contratto di ma- « trimonio non è, a parlare correttamente, che « una instituzione contrattuale (4) (per conse- « guenza non spoglia in vita il donante), e « d' altronde anche nelle provincie, ove osser- « vavasi l'uso di obbligare il donante a conser- « varsi qualche bene, del quale potesse dispor- « re, si era contenta di una così mediocre ri- « serva, che tale riserva non poteva essere con- « siderata, che come una vana formalità, che « cadeva sulle parole piuttosto, che sulle co- « se (5) ».

A queste sagge osservazioni aggiungeremo una sola parola per completarle, ed è, che la riserva poteva avere una ragione plausibile nel sistema, che faceva produrre degli effetti attuali alla donazione universale; sistema, che abbiamo esposto qui sopra (6). Ed allora si concepiva, che fosse saggio di venire in soccorso di un donante imprudente (7), che si toglieva attualmente tutte le sue risorse presenti, ed a misura degli acquisti tutte le risorse future. Ma dopochè la donazione universale si era approssimata all'instituzione contrattuale, e che essa operava soltanto, anche nei paesi di dritto scritto, uno spossessomento tenuissimo, la riserva di dritto era un anacronismo, ed il parlamento di Grenoble non si mostrava inspirato da un saggio spirito di critica.

La riserva dunque, della quale qui è quistione, non può essere, che convenzionale, e ripetiamo, non ripugnare per nulla alla natura della donazione de' beni presenti e futuri.

Solamente nella donazione de' beni presenti essa avversa i principj del dritto comune, ed è una vera anomalia. Ma non abbiamo, che il favore de' contratti di matrimonio che permetta di alterare il carattere proprio della donazione, e di mescolarvi degli elementi proprî delle liberalità testamentarie (8).

2457. La riserva, della quale parla l' articolo 1086, non è quella, che consiste nel donare un tutto ed eccettuarne una parte, che si conserva, ma è una condizione, che ha per obbietto di riservare al donante un dritto di disporre di qualche cosa, che lungi dall' esser eccettuata dalla donazione, vi è per il contrario positivamente compresa. La differenza tra questi due casi è palpabile. Nel primo il distacco è puro ed attuale, e la condizione vieta, che il donatario abbia verun dritto sulla cosa riserbata. Nel secondo il distacco non è, che condizionale; e bisogna che la condizione si adempia, onde la donazione si trovi diminuita; se non si adempie la cosa riserbata resta nella donazione (9), ed appartiene al donatario o ai suoi eredi. Il che spiega il nostro articolo di accordo con l' ordinanza del 1731.

Daguesseau ha dato su di ciò una spiegazione elegante e lucida: « Non si può dimandare qual è il titolo, in virtù del quale l' effetto, di cui il donante si era riserbata la libertà di disporre, si riunisce agli altri beni « nella persona del donatario, allorchè il do-

(1) Art. 943.
(2) N. 2445.
(3) *Supra*, n. 1193.
(4) Su questa proposizione, ch' è assai larga, vedete *supra*, n. 2434.
(5) Lettera 288, t. IX, p. 351, ediz. del 1776.
(6) *Supra*, n. 2384.
(7) *Supra*, n. 1193.
(8) *Supra*, n. 2342.
(9) Furgole sull' art. 18 dell' ordinanza del 1731, t. V, p. 174.

Digitized by Google

« oante non ha usato la facoltà, che si era r- « serbata. Questo titolo è la stessa universalità « della donazione, nella quale l'oggetto, del « quale il donante poteva disporre, si trova « compreso, come tutti gli altri. Egli è vero, « che il donante aveva il dritto di Inghiotta « dall'universalità mercè la disposizione, che « aveva il dritto di fare; ma quando non ha « usato del suo potere, le cose si trovano nel « medesimo stato, che se niuna riserva avesse « fatta oella donazione, ed è il caso di dire, « come i giureconsulti romani, *dedit, dum « non ademit*. Sarebbe diversamente, se aves- « se dichiarato, facendo la donazione, che un « certo effetto non vi sarebbe compreso, per- « chè allora l'eccezione sarebbe fatta con l'atto « medesimo, mentre invece se si riserva sol- « tanto il dritto di fare questa eccezione, e non « la fa in prosieguo, la regola o la disposizione « generale sussiste nel suo intiero (1). » Non si potrebbe dir meglio (2).

2458 Ma se la distinzione, che abbiamo stabilita, è chiara in teoria, può nella pratica divenire di una difficile applicazione a causa dell'oscurità, che troppo frequentemente s'incontra nella redazione degli atti. Il giudice valuterà le circostanze.

La clausola seguente ha dato luogo a delle controversie: « Mi riserbo tal somma per di- « sporne come crederò meglio »

In una specie, nella quale il signor Cabanis aveva fatto a suo figlio, che ammogliava nel 1778, una donazione di tutt' i suoi beni presenti e futuri « con la riserva di cinque pez- « zi di terra per poterne dipsorre a sua volon- « tà » il padre morì, avendo disposto di quattro soli de' cinque pezzi di terra riserbati. Una disputa si elevò tra il donatario e gli eredi, che pretesero il quinto pezzo di terra.

La corte di Nimes (3) pensò, che il donante aveva voluto, che i pezzi di terra fossero compresi nella donazione sotto la condizione, che egli non ne disporrebbe. Epperò diè ragione al donatario universale.

In un'altra specie la signora Cornuaud per contratto di matrimonio nel 1769 aveva fatto donazione a suo figlio di tutti i suoi beni presenti e futuri sotto la riserva di una somma di 24,000 lire da prendersi su' beni, che componevano la donazione, per disporsene dalla donatrice, come meglio le sarebbe sembrato. La donatrice morì senz'avere disposto della somma, e la corte di Bordò (4) ha interpretato la clausola nel senso di una riserva assoluta, e giudicato, che la somma di 24.000 lire non faceva parte della donazione.

Quando degli arresti contengono un giudizio sovrano d'intenzione, non è saggio di criticarlo senza conoscere tutt'i dettagli del processo. In quanto a noi, siamo tantopiù disposti a tenere gran conto di questi arresti, che pensiamo, che in generale ed in mancanza di circostanze particolari bisogna dire, che riserbarsi la facoltà di disporre di un oggetto non è la medesima cosa di riserbarsi un oggetto per disporne a sua volontà. Nel primo caso la riserva versa non sull'oggetto, ma sulla facoltà; dunque l'oggetto resta nella donazione (5). Questa è la fisonomia data alla stipulazione dalla corte di Nimes. Nel secondo, che rientra nella specie dell'arresto di Bordò, la riserva versa più sulla cosa stessa, che sulla facoltà di disporne, e non bisogna arrestarsi di troppo a queste parole « per disporne a mia volontà » che sono inutili, e ch'esprimendo soltanto il motivo della riserva, non restringono il significato, che avrebbe la riserva, se fosse fatta puramente e semplicemente (6).

2459. Il testo dell'art. 1086, conforme in questo punto all'ordinanza del 1731, non si occupa della riserva della facoltà di disporre, se non in quanto concerne la donazione generale de' beni presenti. Ma non è questa una ragione per dire, che la disposizione non debba aver luogo nella donazione di un oggetto particolare, dapoichè vi è la stessa ragione di decidere (7). Da una parte il favore del matrimonio permette d'inserire nella donazione di un oggetto particolare la riserva di disporre di una parte di quest'oggetto, dall'altra il donatario deve profittare della totalità della cosa, se il donante non usa della facoltà. Imperocchè, come dice Ulpiano, quest'ultimo è riputato di confermare la sua donazione, quando non toglie al donatario quello, che poteva torgli (8).

2460. La riserva della facoltà di disporre si applica all'instituzione contrattuale, come alla donazione dei beni presenti. Noi ne abbiamo detto qualche cosa nel comentario degli articoli 1082 e 1083 (9). Nè vi ritorneremmo qui, se non si avesse cercato di stabilire una differenza tra questo genere di disposizione e la donazione universale, in quel, che concerne la sorte della cosa, che l'instituente eccettua dalla

(1) Daguesseau, lettera 289, t. IX delle sue opere, p. 358, edizione del 1770.

(2) *Aggiungi*, Grenier, n. 410, t. III, p. 374, edit. di Bayle-Mouillard. Delvincourt, t. II, p. 20, n. 4, ediz. del 1834. Toullier, t. V, n. 827 e 878. Duranton, t. IX, n. 741. Vazeille sull'art. 1086, n. 4. Zachariae, n. 736, t. V, p. 500, nota 1. Nimes, 5 febb. 1806 (*Palazzo*, 5, 165). Bordeaux 19 genn., 1827 (Devill., 8, 2, 3, 15).

(3) Arresto del 5 di febb., 1806, di già citato.

(4) Arresto del 19 di genn. 1827, di già citato.

(5) *Sopra*, n. 2351.

(6) *Contra*, il sig. Vazeille, art. 1086, n. 4.

(7) Furgole sull'art. 18 dell'ordinanza, t. V, p. 173. *Contra*, Boutaric sul medesimo articolo.

(8) L. 1, § 6, D, *Legat.* 3.°.

(9) *Sopra*, n. 2351.

instituzione contrattuale, e di cui fa espressa riserva. Si ha il pensiero di sostenere sotto il codice Napoleone, che se l'instituente muoro senza avere disposto di questa cosa, essa appartiene, non all'erede naturale, ma all'instituito contrattuale. Per giustificare questo risultamento si fa il seguente ragionamento: la cosa riserbata ed eccettuata si trova evidentemente nel patrimonio e nella successione dell'instituente, poichè non l'ha alienata in sua vita. Ora la successione tutta intiera è devoluta all'instituito contrattuale. Questo instituito rimpiazza gli eredi *ab intestato*, ed è chiamato a raccogliere tutto quello, che l'instituente non ha fatto uscire dal suo patrimonio con una disposizione speciale. Dunque egli profitterà della cosa o della somma direttamente riserbata. E di là siegue, si aggiunge, che in materia d'instituzione contrattuale non vi è interesse a distinguere, come in materia di donazione, tra la riserva pura e semplice d'un oggetto eccettuato dalla disposizione e la semplice riserva della facoltà di disporre di un oggetto, compreso nella disposizione. Nell'uno e l'altro caso l'instituito profitta della mancanza di disposizione. Questa opinione poteva avere del valore nei paesi di dritto scritto, ove si seguiva la regola, che niuno può morire *partim testatus, partim intestatus*, ed ove si applicava questa regola all'instituzione contrattuale del pari, che all'instituzione testamentaria (1). Ma oggi manca di esattezza. L'erede contrattuale, come ogni altro erede instituito dalla volontà dell'uomo, non può raccogliere, se non quello, che gli è donato da questa volontà. Da un'altra parte abbiamo veduto più sopra (2), che l'instituzione contrattuale può essere ristretta ad una parte dei beni, ed anche a degli oggetti particolari. Ora quando l'instituente eccettua dall'instituzione certi oggetti determinati, è quello evidentemente un distacco, che non permette all'instituito di profittarne, perchè non gli sono stati donati. L'instituito non è chiamato a raccogliere tutto; esso non assorbisce tutto il patrimonio del disponente. Vi sono in questo patrimonio delle cose, che essendo state formalmente eccettuate dall'instituzione contrattuale, restano nella successione *ab intestato*, ed appartengono a colui, che rappresenta il defunto in virtù della legge. Senza di che bisognerebbe andare sino a dire, che un uomo non può morire *partim testatus partim intestatus*, e che per avere instituito un erede in una cosa, l'ha instituito nel tutto. Questo non potrebbe essere così, ed è presso a poco, come se un testatore avesse detto: « Instituisco Pietro mio legatario in tutti « i miei beni, tranne che nel mio podere di Me- « nilmontant ». Sarebbe forse possibile di pretendere, che il podere non appartiene all'erede del sangue? E per quale plausibile ragione dovrebb'essere diversamente nell'instituzione contrattuale, limitata come noi la supponiamo?

2461. Quando un donante universale dei beni futuri, o un instituente contrattuale si è riserbata la facoltà di disporre di un bene o di una somma da prendersi sui beni donati, egli non s'interdice per questo di aiutarsi col resto dei beni donati nei limiti ordinari e secondo il dritto comune (3). Così il donante universale e l'instituente potranno vendere pei loro bisogni. Potranno pure fare dei modici doni conformemente all'art. 1083. Nell'antica giurisprudenza s'inclinava a credere, che la riserva legava le mani al donante per ogni disposizione a titolo gratuito, ma che gli lasciava ogni libertà in quanto agli atti a titolo oneroso.

« Coloro (dice Lebrun), che fanno una instituzione contrattuale con riserva di potere di- « sporre sino ad una certa concorrenza, si pre- « scrivono essi medesimi dei limiti per le do- « nazioni tra vivi o testamentarie. . . , il che a « mio avviso non impedisca loro di fare dei « contratti onerosi durante la loro vita, purchè « questo sia anche senza frode (4) ».

Auroux des Pommiers pensava pure, che lo instituente, che si riserbava di disporre d'una somma o di una parte dei beni, s'interdiceva di disporre del resto per donazione tra vivi o legato, ma che conservava il dritto di fare degli atti a titolo oneroso (5). Codesta distinzione si spiegava nell'antica giurisprudenza per delle buone ragioni. Si sa, che il dritto di disporre a titolo gratuito non era limitato tra le mani del donante o dall'instituito contrattuale in termini così ristretti come quelli dell'art. 1083. La giurisprudenza gli dava maggiore latitudine. Epperò si aveva ragione di dire, che il donante nel fare una riserva di disporre di certi beni a proprio arbitrio a titolo gratuito, abdicava con ciò il dritto pericoloso di disporre par donazione o testamento degli altri beni compresi nella liberalità.

Aggiungiamo anche, che secondo Brodeau la riserva non impediva delle disposizioni moderate in favore della Chiesa e per ogni altra causa pia (6). In quanto alla facoltà di disporre a titolo oneroso, era dalla giurisprudenza espressamente consacrata (7).

Una signora de Lustrac aveva donato nel 1568 col suo contratto di matrimonio col Barone di Caumont, ai figli, che nascerebbero dal detto matrimonio tutti i suoi beni presenti e fu-

(1) Furgole, *quist.*, 38, n. 9 e seg.
(2) *Sopra*, n. 2364.
(3) *Sopra*, n. 2351.
(4) Lebrun. *Success.*, lib. 3, cap. 2, n. 24.
(5) Sull'art. 220 della Consuetudine Borbonese.
(6) Su Louët, lettera S, somm., 9, n. 5.
(7) Bouguier, lett. D, n. 8.

Digitized by Google

tutti, senza eccettuarne nulla, meno la somma di 10mila lire, della quale potrebbe ella disporre.

« Questa signora non essendosi riserbata di « disporre del suo effetto, che sino alla somma « di 10mila lire, si era legata le mani per non « potere donare la cosa sua, che sino alla detta somma, però questa restrizione non ha « impedito, che rimanendo nei termini del dritto comune, essa non avesse potuto vendere « una terra di Cozac, e transigerne per liberarsi da una gran lite ». Per lo che fu giudicato, che gli attori, donatari universali, erano non recettibili nello loro azione di rivendicazione della detta terra venduta dalla donatrice.

Oggi sotto l'impero del codice la quistione è più netta. Secondo il dritto comune, colui, che ha fatto un'instituzione contrattuale o una donazione di beni futuri, può disporre dei suoi beni a titolo oneroso, ma non a titolo gratuito, tranneché per un valore modico a titolo di ricompensa o altrimenti (1). Qui tutto è definito con precisione. Il donante è rinchiuso in confini angustissimi in quanto concerne le disposizioni a titolo gratuito dei beni compresi nella instituzione. D'altronde qual è lo scopo della riserva? Evidentemente è di estendere il circolo dell'art. 1083; di creare un potere maggiore di quello, che questo articolo definisce, e non già di abdicare la facoltà, ch'esso autorizza In una parola il disponente vuole conservare il dritto, che ho, e dippiù darsi una facoltà, che non aveva. Il che ha benissimo giudicato un arresto della corte di Riom dei 15 di novembre 1819, più sopra citato (2).

2462. Del resto questa proposizione è subordinata alla volontà delle parti, che è sempre la gran regola, ed alla quale è duopo incessantemente di rivenire. Sarebbe possibile, che il donante nel riserbarsi di disporre di tale o tal altro obbietto, abbia avuto in pari tempo la intenzione di nulla alienare dippiù, sia gratuitamente, sia pure a titolo oneroso, e che si fosse obbligato a tal riguardo di una maniera precisa; in simile caso bisognerebbe rispettare questa volontà (3), perchè non ha nulla di contrario alle leggi, ai costumi, all'ordine pubblico; e dippiù il favore dei matrimoni le presta un particolare appoggio.

Del resto tale volontà non risulterebbe da una clausola, con la quale il donante si fosse riserbato di disporre dei suoi beni sino alla concorrenza di una certa somma; nè bisognerebbe dire, essere il caso di applicare la regola: « *inclusio unius est exclusio alterius* ». Abbiamo veduto poco innanzi quello, che ne ho pensato l'arresto del parlamento di Parigi nel'a causa di madama de Lustroc, e Brodeau ne cita un altro dello Camera dell'Editto, che in occasione di una causa simile ha deciso, potere disporre il donante a titolo gratuito con legati moderati a favore della causa pia (4).

Ma troverebbesi non più angusta limitazione nella clausola, che riserbando la facoltà di disporre dei beni donati sino alla concorrenza di una somma di . . . . —, aggiungesse « per « vendita, donazione, testamento, o altrimenti? » La riserva di disporre per vendita della cosa riserbata non contiene forse una rinunzia implicita a disporre per vendita del dippiù? Codesta quistione si trova piuttosto indicata che giudicata da un arresto della corte di cassazione dei 7 di giugno 1808 (5) L'arresto della corte imperiale, cassato da questo arresto; l'aveva deciso (per quanto se ne può giudicare a traverso dell'insufficienza della notizia) nel senso della restrizione; nè questo punto motivò la cassazione. In simile materia bisogna lasciar molto all'interpretazione dei giudici. Nulladimeno non bisogna accordare di troppo a delle clausole di stile, e sarebbe possibile, che queste parole « per vendita, donazione, testamento, ecc. », non fossero, che una ridondanza oziale, ed un dettaglio piuttosto di pecca che di intenzione

2463. Quando il donante ha ecceduto i limiti della sua riserva convenzionale, il donatario ha il dritto di fare ridurre le donazioni nei limiti fissati dal contratto. La diminuzione deve essere fatta dapprima sulle più recenti donazioni, poi rimontando, s'è necessario, sino alle più antiche (6).

2464. Talvolta il donante o l'istitutore, riserbandosi di disporre di un obbietto tra le cose donate, indica una persona determinata, che ha il progetto di gratificare.

In questo ultimo caso se il donante o l'instituente dona l'obbietto ad una persona diversa da quella designata, eccede forse il suo dritto, e fa egli un atto nullo, che non deve nuocere al donatario primitivo o all'instituito? Tutto dipende dalle circostanze. Se la designazione sembra essere limitativa, il donante o l'instituente non possono gratificare un'altra persona. Se per lo contrario è semplicemente indicativa, hanno il dritto di disporre a favore di chicchessia.

Si trova un esempio della prima ipotesi nella specie seguente, che si è presentata innanzi il tribunale civile della Senna (7) Nella specie la contessa di Caila aveva assicurato a sua fi-

(1) Art. 1083 applicabile alle donazioni de' beni presenti e futuri. V. *Sopra*, n. 2414.

(2) N. 2351.

(3) *Sopra*, n. 2341.

(4) Su Louët, lett. S, somm., 9 n. 5.

(5) *Palazzo*, t. VI, p. 733. Devill., 2, 1, 539.

(6) Cassaz., 7 giugno 1808 (*Palazzo*, 6, 733; Devill., 2, 1, 539).

(7) Gazzetta de' tribunali de' 17 di genn. 1833.

glia per contratto di matrimonio « la sua parte « e porzione virile integrale nei beni mobili ed « immobili, che comporrebbero la sua succes« sione, fatta distrazione soltanto della proprie« tà di S. Ouen, che si riserbava di potere do« nare a suo figlio a titolo di precapiezza ». Avendo perduto suo figlio la signora di Caylo aveva in un testamento legata questa proprietà di S. Ouen alla città di Parigi. Tale legato è stato annullato, perchè è sembrato, che la riserva di disporre, che ne era stata fatta, era limitativamente ristretta al figlio della donatrice.

Ma nel dubbio si preferirà l' interpretazione indicativa all' interpretazione limitativa.

2465. Del resto abbiamo veduto quisopra(1), che la clausola di riserva non deve essere intesa in uno spirito troppo rigoroso e troppo stretto. Colui, che si è riserbato di disporre della tenuta A. può senza inconvenienti disporre in suo luogo della tenuta B, quando vi è identità di valore, e che non ne risulta verun pregiudizio pel donatario.

2466. Abbiamo veduto, che il nostro articolo di accordo con l' ordinanza del 1731, ed interpretando giustamente la volontà del disponente, vuole, che quando questo ultimo non ha usato della facoltà, che aveva stipulato, la cosa, che fa obbietto della riserva, appartiene al donatario, come parte della donazione.

La legge dei 18 piovoso anno V credè di potere decidere diversamente relativamente alle donazioni ed instituzioni contrattuali fatte sotto l' impero dell' ordinanza del 1731; ella volle, che in tutti i casi, in cui il disponente non avesse ancora usato del suo dritto, la riserva rimanesse sterile nelle sue mani, e che la cosa, che ne facesse l'obbietto, passasse nel dominio, della successione *ab intestato*, per essere divisa tra gli eredi del sangue ad eccezione del donatario e dell' instituito.

Ecco il testo del suo secondo articolo: « Le « riserve fatte dai donanti o autori d'instituzioni « contrattuali che non ne avranno validamente « disposto, faranno parte della successione *ab* « *intestato*, e saranno divise ugualmente tra « tutti gli eredi, meno i donatari o instituiti, « senza imputazione sulle legittime o porzioni « di legittime, di cui gli eredi o donatari fos« sero stati gravati ».

« Nulla è innovato con le disposizioni del « presente articolo alle riunioni delle dette ri« serve di già operate in favore degl' instituiti « o donatari conformemente all' art. 18 del« l'ordinanza del mese di febb. 1731 per la « morte degl' instituenti o de' donanti, avvenuta « prima della pubblicazione della legge de' 5 « brumaire anno 2 ». Codesta legge non intendeva di togliere all' ordinanza del 1731 l' autorità di ragione annessa alla sua disposizione; essa non aveva per iscopo di accusarla di avere mal compresa l' intenzione delle parti ed il senso delle loro parole. Ma essa agiva violentemente e rivoluzionariamente. Trovando, che fosse molto pe' donatari e gl' instituiti di potere raccorre il benefizio delle disposizioni irrevocabili, contenute nelle donazioni universali e nelle instituzioni contrattuali, voleva torre loro ogni eventualità di profittare delle somme e degli obietti, su' quali le riserve di disporre versavano. È per ristabilire per quanto fosse possibile l'eguaglianza assoluta delle divisioni, ch' era nelle sue vedute; per diminuire per quanto da essa dipendeva i vantaggi de' donatori e degl' instituiti, non solamente rigettava nella successione *ab intestato* le somme e gli obietti riservati, togliendo così al donante la facoltà di disporne, come l' aveva stipulato; sostituendosi anche a lui per disporne a favore della successione *ab intestato;* ma ancora non voleva, che questi donatari ed instituiti contrattuali vi venissero a prendere parte con gli altri eredi legali. Non si può, che deplorare tali violenze legislative: nulladimeno non obliamo, che se la legge de' 18 piovoso anno 5 portò in questa circostanza un grave colpo alla solidità delle convenzioni, ebbe su di altri punti il merito di correggere il vizio di retroattività, del quale la legge de' 5 brumaire an. 2 si era resa colpevole, colpendo le donazioni, le instituzioni contrattuali, i testamenti, ed anche le divisioni, che dopo il 14 di luglio 1789 avevano consacrato nelle successioni delle ineguaglianze tra coeredi. La legge dei 18 piovoso anno 5 ebbe la giustizia di riparare questa iniquità sovrana, e di rendere la sua autorità a tutto ciò, che aveva negli atti un carattere irrevocabile e ne' fatti un carattere di cosa consumata. Essa sacrificava solo le riserve, che comunque avevano la forza di un contratto e di un dritto, non erano ancora passati allo stato di fatto compiuto. Era questo un' iniqua abuso del potere. Ma la legge de' 18 piovoso anno 5 ha fatto troppo bene col rivenire sulla legge dell' anno 2, perchè noi insistiamo più a lungo su questo male passaggiero e secondario.

2467. Ci rimane da parlare di una quistione transitoria, sulla quale dobbiamo arrestarci un istante, perchè fa risaltare il carattere della riserva di disporre, e che vi si vede la differenza del legame prodotto dal contratto tra le cose donate irrevocabilmente e quelle, sulle quali cade la riserva.

È certo, che quando si apre una successione sotto l' impero del Codice Napoleone, la legittima, alla quale gli eredi hanno dritto, è regolata dal Codice. Ma non è meno certo, che questa legittima non può essere ottenuta me

(1) N. 2352.

diante una riduzione su delle donazioni irrevocabilmente acquistate da' donatari prima della promulgazione del Codice, e che giusta l'antico dritto non sarebbero state riducibili. Per lo che quando una donazione di beni presenti e futuri è stata fatta prima del Codice Napoleone senza clausola di riservo ed irrevocabilmente, non deve subire altra diminuzione menochè quella autorizzata prima del codice per completare le legittime. La legittima del codice non ha autorità su di essa, ed il donatario ha una sicurtà, che non deve essere ingannata.

È forse lo stesso, quando il donante si è riserbato il dritto di disporre di un valore compreso nella donazione, e che muore sotto il codice Napoleone senza avere osato di questa facoltà? Tale quistione non è esente da difficoltà. Da un lato si può dire in favore del donatario, che profitta della cosa in virtù di un contratto, che aveva acquistato autorità prima del codice Napoleone, e che gli dava un dritto certo a questa cosa nel caso, che il donante non ne disponesse; che per regola l'adempimento della condizione produce un effetto retroattivo; che egli inoltre è riputato proprietario a datare dal giorno della donazione, vale a dire prima della promulgazione del codice Napoleone, che perciò la legge nuova non ha potuto colpire il suo dritto acquistato.

Da un'altra parte si risponde nell'interesse del legittimario, non essere vero, che il valore riserbato fosse irrevocabilmente acquistato dal donatario, mentre esistava il donante; che una volontà, un capriccio del donante poteva privare il donatario della debole speranza, che aveva concepito di avere l'obbietto; che questo ultimo non ha da dolersi, se una nuova legge, allargando la legittima degli eredi, fa quello, che il disponente avrebbe potuto fare, e distrogge o modifica un'espettativa così incerta; che il codice ha trovata la cosa disponibila nelle mani del donante; che questo ultimo non ne ha neppure disposto sotto l'impero del codice, poichè è riputato di averla donata nuovamente al donatario, cui l'ha lasciata, potendoglielo togliere (1).

Queste ragioni sono vittoriose, e si può fortificarle con un arresto della corte di cassazione degli 11 di ottobre 1811 (2).

Ecco i fatti:

La vedova Siraudin, avendo un figlio e tre figlie, fece donazione a suo figlio nel suo contratto di matrimonio nel 1777, di tutti i suoi beni presenti e futuri col peso di pagare a ciascuna delle sue sorelle una somma di 10,000 fr. a titolo di legittima e sotto la riserva della facoltà di disporre di una somma di 20,000 fr.

Questa signora è morta nel 1807. Le figlie pretesero, che i 10 mila franchi, che erano stati attribuiti a ciascuna, ed i 20.000 franchi, la cui distribuzione ero stata riserbata, dovevano loro appartenere sino alla concorrenza della riserva assicurata ai figli dal codice Napoleone, che era applicabile alla successione.

Il donatario o piuttosto i suoi rappresentanti non offrivano alle figlie, che lo legittima del dritto antico.

La corte di Dijon il 25 di agosto 1809 ha considerato che « la successiona si era aperta « sotto l'impero del codice Napoleone, e che « per conseguenza i figli ed eredi avevono dritto « alla riserva legale, da esso fissata; che nullameno questa legge non poteva avere effetto « retroattivo, e per conseguenza gli eredi del « donatario universale dovevano conservare « quello che in virtù della donazione fatta al « loro autore avevano irrevocabilmente acquistato », ed ha deciso, che le figlie eredi *ab intestato* prenderebbero la loro riserva e sui 10 mila franchi, che erano stati loro donati a titolo di legittima e sui 20, 000 franchi restati a disposizione del donante. Il ricorso prodotto contro di questo arresto è stato rigettato il 16 di agosto 1811.

2468 Non vi è nulla a ciò di contrario in un arresto dello corte di Grenoble dei 29 gennaio 1809 (3). Basta di comprenderlo.

Nel 1789 un signor Bouchet di Chambery, maritando suo figlio promette d'instituirlo suo erede per una metà dei beni, che lascerà in tempo della sua morte, col peso di pagare la metà dei suoi pesi attuali, dei legati pii, che si propone di fare, delle doti ed aumento di doti, che costituirà alle sua figlia, più tardi egli marita le sue figlie, dando loro le doti congrue. Si rimarcherà, che l'instituzione contrattuale, della quale abbiamo riferito le disposizioni essenziali, non conteneva riserva speciale ed eccezionale. L'instituente si era riserbato quello, che era di dritto in ogni instituzione, e quello, che non ha mai impedito a questo genere di disposizione di essere irrevocabile.

Checchè ne sia, Bouchet muore nel 1806.

Secondo il libro V, titolo 7, § 6 delle costituzioni sarde, una figlia dotata convenientemente non aveva dritto di dolersi e di fare ridurre le altre liberalità fatte da suo padre.

Ma nel 1806 la Savoja era riunita alla Francia e soggetta al codice Napoleone, che accorda la stessa riserva a tutti i figli.

Una delle figlie di Bouchet voleva dunque in virtù del codice Napoleone fare restringere alla quota fissata dall'art 913 l'instituzione contrattuale; essa sopratutto si fondava su che nella specie l'instituente si era riserbato di disporre a titolo gratuito dei beni compresi nella insti-

(1) L. 1, § 6. Dig. *De legat.*, 3.° *Supra*, n. 2459.
(2) Devill., 3, 1, 410; *Palazzo*, 9, 653.

(3) Devill., 3, 2, 13. *Palazzo*, 7, 337.

Digitized by Google

tuzione, e che così la disposizione resa pressochè intieramente rivocabile, doveva essere regolata come un legato per la disponibilità dalla legge in vigore nelle morte del disponente.

Ma la corte ha deciso, che l'instituzione contrattuale, tale qual era consacrata dalla legislazione in vigore in Savoje, era per regola irrevocabile; che essa aveva prodotto i suoi effetti e legete le parti sin da prime del codice Napoleone; che l'instituente essendosi spogliato con un atto irrevocabile,bisognava determinere l'estensione della legittima con la legge in vigore nel momento di questa devoluzione e non col codice Napoleone, che aveva trovato l'erede contrattuale irrevocabilmente investito del suo titolo successivo. Di più la corte non ha pensato,che la clausola, che attribuiva al padre una facoltà di disporre, che era di dritto, dovesse cambiare la soluzione; perchè non distruggeva l' irrevocabilità dell' instituzione. In conseguenza ha rigettato la domanda.

Ed in effetti nulla era più giuridico. Il donante non si era riserbata una libertà di disposizione a suo modo, come nella clausola della riserva, che fa la materia dell' art. 1086, ma aveva indicato delle disposizioni, che secondo il dritto comune dei paesi di dritto scritto (1) erano dei pesi naturali delle instituzioni contrattunli. Epperò non aveva colpito l' irrevocabilità ordinaria dell' instituzione contrattuale. Infine tutto porta a credere, quantunque i decisionisti non lo dicono espressamente, che il donante aveva dotato le sue figlie prima della promulgazione in Savoia delle leggi francesi, e che così aveva intieramente esaurito il suo dritto e data quindi al donatario una sicurtà, che niuna legge posteriore gli ha potuto legittimamente torre.

ARTICOLO 1087 — (1042).

Le donazioni per contratto di matrimonio non potranno essere attaccate nè dichiarate nulle sotto pretesto di mancanza di accettazione (o).

SOMMARIO

2469. Senso o motivi di quest' articolo.
2470. Le donazioni fatte al di fuori del contratto di matrimonio, quantuoque in favore del matrimonio, non sono esonerate dalla necessità dell' accettazione espressa.

COMENTARIO

2469. L' art. 1087 continua la serie delle eccezioni introdotte nelle donazioni per contratto di matrimonio. Esonera queste donazioni della necessità e dalla forma dell' accettazione, anche quando sono de' beni presenti e che sono fatte puramente e semplicemente. La ragione ne è (2),che i due sposi nel compiere il matrimonio accettano sufficientemente tutte le clausole del contratto. Il che è stato pure deciso dalla ordinanza del 1731 (3).

Da ciò si vede, che l' art. 1087 non si allontana dal principio, che vuole, che ogni donazione sia accettata (4). Ma a differenza dell'articolo 932 si contenta di un'accettazione tacita, mentre l'art. 932 esige un'accettazione espressa nelle donazioni ordinarie. Abbiamo esposto più sopra le ragioni, che hanno fatto introdurre la solennità della donazione; esse sono attinte nel disfavore delle donazioni, che offrirebbero un mezzo di spogliare le famiglie, se il dritto civile non le rendesse difficili (5). Ma questo rigore doveva scomparire in una materia,nella quale il legislatore incoraggisce le liberalità per favorire i matrimoni.

D' altronde l' accettazione espressa e solenne offre poco interesse per una parte delle donazioni, che si fanno per contratto di matrimonio: voglio parlare delle donazioni dei beni futuri e delle instituzioni contrattuali. Il donatario o l' instituito non prende delle risoluzioni chiare e diffinitive, se non dopo la morte del disponente, e dopo di avere presa conoscenza delle forze attive e passive della successione. L' accettazione espressa, che farebbe nel contratto di matrimonio, non gl'impedirebbe di ripudiarla nel tempo della morte (6).

2470. La legge non dispensa dalla accettazione espressa, se non le donazioni fatte per contratto di matrimonio o in atti separati, che sono riputati di farne parte (7). Une donazione

(1) V. Fernand. *De futura conventionali successione*, cap. 7, n.i 6 e 7.

(o) Quest' articolo è uniforme all' art. 1042 delle Leggi civili. *Il trad.*

(2) Dumoulin, sul cons. 35. Ricard, part. I, sez. 1. Argou, t. II, p. 266. Furgole, sull' art. 10 dell' ordin. del 1731.

(3) Art. 10 e 13.

(4) *Sopra*, o.i 1087 e 1089.

(5) *Sopra*, sull' art. 932.

(6) Vazeille sull' art. 1087, n. 1.

(7) *Sopra*, n. 2360.

sebbene fatta in favore del matrimonio, ma che non si aggiungesse al contratto matrimoniale (1), e non ne fosse una parte, dovrebbe essere accettata nelle forme prescritte dagli articoli 932 e 933 (a) del codice Napoleone. Il che faceva dire a Dumoulin. « *Nec sufficit quod « fiant in favorem, sed quod in ipso contra- « ctu, ut sint pars pactorum dotalium* (2). »

Furgole ha amesso una dottrina più rilasciata, giacchè sembra volere, che una donazione fatta in favore del matrimonio sia dispensata dalla formalità della accettazione pel solo motivo di avere rapporto col matrimonio (3). Ma il testo del nostro articolo, che del resto è simile a quello dell' ordinanza, non comporta questa interpretazione. D' altronde il confronto degli articoli 1087 e 1088 prova, che il legislatore non adopra indifferentemente le parole « donazioni fatte per contratto di matrimonio e donazioni fatte in favore del matrimonio (4) ».

Articolo 1088 — (1043)

Ogni donazione fatta in favore del matrimonio sarà caduca, se il matrimonio non siegue (b).

SOMMARIO

2471. Sono caduche, se il matrimonio non siegue, tutte le donazioni a favore del matrimonio.
2472. Sotto dell' ordinanza vi era controversia su questo punto.
2473. Del caso, in cui la donazione fatta in favore del matrimonio si trova fuori del contratto. Bisogna ricercare, se ha per iscopo di favorire il matrimonio in generale, o tal matrimonio in particolare.
2474. La caducità si applica alle donazioni occulte. Esempio.
2475. La nullità del matrimonio ha il medesimo effetto del suo inadempimento.
2476. La nullità annulla la donazione anche relativamente a' terzi.
2477. Qual' è l' influenza della nullità del contratto di matrimonio sulla donazione ? Esame di molte ipotesi.
2478. La celebrazione del matrimonio dopo la morte del donante impedisce la caducità della donazione.
2479. L' incapacità sopravvenuta nella persona del donante, prima della celebrazione del matrimonio, è senza influenza sulla donazione.

COMENTARIO

2471. In ogni donazione fatta in favore del matrimonio, il matrimonio è la causa finale della disposizione (5). Se dunque il matrimonio non è celebrato, la donazione è caduca. Tale è la disposizione del nostro articolo, disposizione fondata sulla interpretazione della volontà del disponente. Perocchè colui che dona ad una persona per favorire il suo matrimonio, non donerebbe alla stessa persona, se serbasse il celibato.

Il che faceva dire alla legge romana: *quasi causa non secuta, habere potest condictionem qui ob matrimonium dedit, matrimonio non copulato* (6).

E rimarcate che non è solamente la donazione racchiusa in un contratto di matrimonio, che è sottoposta a questa causa di caducità ; sono tutte le donazioni qualunque, anche quelle, che sono fatte al di fuori del contratto di matrimonio, purchè abbiano per iscopo di favorire un matrimonio (7).

2472. L' ordinanza del 1731 non conteneva una disposizione simile a quella del nostro articolo; e si può stupire di questa omessione. Dapoichè la nostra quistione di caducità era controversa tra gli autori malgrado l' autorità delle leggi romane. Si può consultare la dotta dissertazione di Furgole per stabilire l' opinione, che l' art. 1087, ha consacrato (8).

La ragione, che aveva fatto nascere questi dissentimenti, era presa da che nei paesi di dritto scritto il padre era obbligato di provvedere allo stabilimento di suo figlio, e che nel donare doveva essere riputato avere voluto, non già precisamente ed unicamente facilitare un matrimonio in particolare, ma piuttosto assicurare in un modo generale lo stabilimento di suo figlio (9). Ma Furgole rifiutava benissimo questa interpretazione. L'obbligazione, in cui è il padre di stabilire suo figlio, lascia al padre il giudizio delle circostanze, che rendono uno stabilimento convenevole. Dona

(1) Borbonese, art. 219.
(a) Leggi civili articoli 856 e 857. *Il trad.*
(2) Su Auvergne, cap. 14, art. 26.
(3) Sull' art. 10 dell' ordinan. del 1731.
(4) Arg. da un arresto della Corte di Nimes, dall' 8 genn., 1850. (Devill., 50, 2, 91.)
(b) Corrisponde quest' articolo all' articolo 1043 delle leggi civili. *Il trad.*
(5) *Sopra*. n. 1292. Brillon, v° *Donaz.*, n. 191.
(6) L. 6, D., *De condict. causa data, causa non secuta.*
(7) Legge 24, C., *de nuptiis : « Sancimus si quis nuptiarum fecerit mentionem in qualicumque pacto....; non aliter intelligi conditionem esse adimplendam..... nisi ipsa nuptiarum accedat festivitas.*
(8) Quist. 23.
(9) Gli autori, che cita Furgole, *loc. cit.* Brillon, v° *Donazione*, n. 190.

per la veduta ed in considerazione di un matrimonio, che approva; se questo matrimonio manca, la donazione gli deve ritornare, salvo il dritto del figlio di dimandare ulteriormente una donazione o una dote, secondo le facoltà di suo padre, quando trova un'occasione nuova ed opportuna di stabilirsi.

Oggi la difficoltà non si può presentare più, non solamente perchè l'art. 1088 la taglia formalmente, ma ancora perchè il padre, non essendo più obbligato di provvedere allo stabilimento di suo figlio (1), dona, come un estraneo farebbe, in vista di un matrimonio determinato, che vuole incoraggiare.

2473. Dicevamo or ora, che il nostro articolo abbraccia non solamente le donazioni fatte per contratto di matrimonio, ma ancora le donazioni fatte in favore del matrimonio, benchè al di fuori di questo contratto. In questo il nostro articolo è più largo dell'art. 1087, che concerne unicamente le donazioni fatte per contratto di matrimonio (2). E la ragione si è che quali si siano le circostanze, nelle quali la donazione intervieue, essa manca di causa, quando non si realizza il matrimonio, che è il suo obbietto principale.

Del resto si rimarcherà, che ogni donazione fatta per contratto di matrimonio è riputata fatta in favore del matrimonio, mentre la donazione fatta al di fuori del contratto di matrimonio non è considerata fatta sotto la condizione del matrimonio, che se il donatario (a) esprime di essere stato determinato dalla considerazione del matrimonio progettato (3).

Vi è un' altra osservazione da fare. Quando la donazione è fatta con contratto di matrimonio è chiaro, non avere in veduta tassativamente, che il matrimonio, che fa l'obbietto del contratto; di sortechè se questo matrimonio manca, la donazione non potrebbe applicarsi ad un altro matrimonio.

Ma in una semplice donazione a favore di matrimonio le circostanze possono fare, che la donazione abbia piuttosto in veduta un matrimonio qualunque del donatario, che tal matrimonio particolare.

La giurisprudenza ci offre un esempio di questo. Il signor Foy, canonico di Beauvais, fa a suo nipote Carrette, in considerazione del suo matrimonio, una donazione di 3000 lire con ritenzione di usufrutto. Carrette era allora in trattative di matrimonio. Egli dà a suo zio uno scritto, in cui riconosce, essere stata fatta la donazione in considerazione del suo futuro matrimonio, e che se questo matrimonio non si realizza, rinunzia di servirsene. Il matrimonio non siegue. Dieci anni dopo Carrette si ammoglia, e lo zio essendo morto gli eredi sostenevano, essere caduca la donazione di 3000 lire, non essendosi compito il matrimonio, cui mirava. Ma si rispondeva, che lo zio aveva sopratutto voluto il matrimonio di Carrette, e che aveva veduto il secondo matrimonio senza mostrare veruna intenzione di servirsi del biglietto. Sulle uniformi conclusioni del signor Lamoignon Avvocato generale intervenne un arresto dei 23 di agosto 1694, che conservò la donazione (4).

2474. La caducità si applica pure alle donazioni occulte sotto la forma di un contratto a titolo oneroso, e che non sono fatte, se non in considerazione di un matrimonio progettato (5).

Eccone un esempio curioso. Il 15 di settembre 1813 una signora vedova Delamotte vendè al signor Desmares una tenuta situata in Normandia, mercè il prezzo di 40, 000 franchi. Era scritto nel contratto stipulato innanzi notaio, essere stato il prezzo pagato, cioè 10,000 franchi prima della stipulazione dell'atto, 20000 franchi nel momento stesso dell'atto in presenza del notaio, e che i residuali 10, 000 franchi rimanevano nelle mani del compratore per pagare dei creditori ipotecari della signora Delamotte. Già prima di questa vendita esisteva un progetto di matrimonio tra il signor Desmares e la signora Delamotte. Ed in effetti il 21 di settembre 1813, vale a dire alcuni giorni dopo la vendita, delle convenzioni matrimoniali furono stabilite tra le medesime parti. In questo contratto la signora Delamotte si costituisce per ogni suo avere, che porta al marito, una somma di 1500 franchi, ed il signor Desmares dichiara di non possedere, che 10,000 franchi di fortuna. Nè l' uno, nè l' altra facevano menzione, l'uno dell'immobile, che aveva acquistato, l' altra della somma, che aveva dovuto ricevere alcuni giorni prima per prezzo di questo immobile.

Ulteriormente il signor Desmares, che era già in possesso dell' immobile vendutogli, ha ricusato di maritarsi alla Dama Delamotte.

Il 4 di marzo 1816 la signora Delamotte ha fatto citare il signor Desmares innanzi al tribunale civile di Bayeux per rilasciare l' immobile da essa venduto pel motivo, che l' atto di vendita dei 15 di settembre 1813 non era, che una donazione in contemplazione del matrimonio, allora convenuto tra le parti, e caduca, perchè il matrimonio non aveva avuto luogo.

(1) Art. 204, del Cod. Nap. (*).
(2) *Sopra*, n. 2170.
(a) Così dice il testo; ma pare, che debba leggersi piuttosto il donante in luogo del donatario. *Il trad.*

(*) Art. 194 delle leggi civili modificato. *Il trad.*

(3) Delviacourt, t. II, p. 419, ediz., del 1834.
(4) Brillon, v° *Donazione*, n. 189.
(5) Cassaz., cam. civ., 7 marzo 1820. (Devill., 6, 1, 199).

Il tribunale con sentenza dei 23 di agosto 1816 constata, che: « Dalla riunione di tutte le « circostanze, che hanno preceduto, accompa- « gnato, e seguìto questa vendita, risulta, non « esservi mai stata da parte della vedova De- « lamotte seria volontà di trasferire a Desmares « a titolo di vendita, i beni, di cui si tratta, nè « da parte di costui formale consenso di pa- « garne il valore; che la signora Delamotte non « ha avuto altro scopo, che di vantaggiare De- « smares nella speranza del matrimonio, che « doveva contrarre ». E per conseguenza il tribunale applica alla causa l'art. 1088 del codice.

Sull' appello interposto dal signor Desmares la corte di Caen ha renduto un arresto confermativo in data dei 30 di agosto 1817, ed il ricorso prodotto contra di questo arresto è stato rigettato il 7 di marzo 1820.

2475. Il matrimonio non compiuto è quello, che fa svanire la donazione, per lo che è chiaro, essere questa donazione colpita di caducità, quando il matrimonio non è stato celebrato. Ma è lo stesso, quando il matrimonio dopo di essere stato celebrato è poi dichiarato nullo?

Noi non esitiamo a crederlo, perciocchè non vi è differenza pel caso, che ci occupa, tra un matrimonio, che non è stato celebrato, e quello, che è nullamente celebrato, nell' uno e nell'altro essendo mancata la condizione.

L' art. 1088 ci fornisce una potente ragione di decidere così. La donazione fatta in favore del matrimonio, ha il matrimonio per condizione e per causa finale. Ora il matrimonio non esiste; esso non ha avuto un' esistenza regolare, comechè la sentenza di annullamento ha rivelato e non creato il dritto, che l'infettava originariamente. La liberalità, di cui si tratta, manca dunque di causa; perchè la condizione, sotto della quale è stata fatta, è mancata (1).

Non è da distinguere se il donante sapeva o non sapeva l' impedimento del matrimonio. Se l' ignorava, bisogna venire in soccorso della sua buona fede; se lo conosceva, bisogna supporre, che nel suo pensiero il vizio doveva rimanere coverto e non svilupparsi con una nullità del matrimonio.

2476. Delvincourt divide la nostra opinione (2), ma vuole, che la donazione sia rivocata « tra le parti soltanto e senza pregiudizio « dei dritti, che dei terzi di buona fede hanno « potuto acquistare sui beni donati ». Codesta limitazione è arbitraria, dapoichè sia che si consideri la donazione fatta in favore di un matrimonio, che non si è realizzato, come nulla per mancanza di causa, o come caduca per la mancanza di una condizione sospensiva, è impossibile di attribuire qualche effetto alla donazione (3).

In realtà il donatario non è mai stato proprietario dei beni donati, ma solamente è sembrato di esserlo agli occhi di coloro, che ignoravano la nullità del matrimonio; epperò egli non ha potuto trasmettere a dei terzi un dritto, che egli stesso non aveva. I terzi, che hanno contrattato col donatario, non attingono di vantaggio nella loro buona fede un dritto, che il contratto non ha loro conferito. Si che non vi è ragione, perchè i beni donati non ritornino al donante nel caso preveduto, almeno se sono immobili. Se sono mobili, i terzi di buona fede invocheranno l' art. 2279 (a).

2477. Dopo di aver esaminato il caso della nullità del matrimonio, mettiamo il caso, in cui, sussistendo il matrimonio, la nullità cada sul contratto di matrimonio relativo agl' interessi pecuniari degli sposi. Qui non si tratta più della caducità della donazione, ma tratteremo soltanto di una nullità di forma di questa donazione.

Per risolvere questa quistione, bisogna percorrere qualche ipotesi:

Il contratto di matrimonio può essere nullo, perchè manca delle formalità esteriori richieste per questo contratto ed anche per una semplice donazione; per esempio il contratto è stato fatto con atto sotto firma privata invece di essere fatto con atto notariale. In questa ipotesi, che abbiamo esaminato altrove (4), è chiaro, che la donazione è nulla del pari che le convenzioni matrimoniali dei coniugi.

Il contratto di matrimonio può essere nullo, benchè sia stato fatto con atto notariale; per esempio quando non vi è l'effettivo concorso, reale e regolare delle parti contraenti. Supponiamo questo caso; il contratto è stato fatto in assenza di uno dei futuri sposi; i suoi parenti si sono resi garanti per lui, ma non è intervenuta veruna ratificazione da parte sua prima della celebrazione del matrimonio (5). In questa seconda ipotesi talune distinzioni sono necessarie per pervenire alla soluzione.

Se la donazione si versa sui beni futuri, o se è una di quelle, che sono permesse per ec-

(1) Arresto del parlamento di Parigi de' 16 di gennaro 1670, in un caso, in cui un matrimonio era stato contratto nella falsa supposizione, che il primo fosse disciolto. Brillon, v° *Donazione*, n. 188, p. 789, col. 2.

(2) Tom. II, p. 419, nota 1 della pag. 110.

(3) Argom., dall' art. 954. C. Nap. (*) *Sopra*, numeri 1299 a 293. La caducità opera anche più energicamente dalla risoluzione.

(*) Art. 879 delle leggi civili. *Il trad.*

(a) Leggi civili art. 2185.

(4) V. il nostro comentario del *Contratto di matrimonio* n. 187.

(5) Il nostro comm., del *Contratto di matrimonio* n.i 180 a 191.

Digitized by Google

cesione solamente in un contratto di matrimonio (1), in questo caso essa è nulla, perciocchè racchiusa in un contratto, che non vale come contratto di matrimonio, siegue la sorte dello atto annullato (2). Ma se la donazione versa sui beni presenti del donante, non vi è impossibilità, che valga questa donazione; ed essa vale, quando è constatata da un atto notariale, che benchè sia nullo come contratto di matrimonio, vale nulladimeno come atto di donazione ordinaria. Supponiamo, che il donante sia minore e non presente, la donazione non sarà nulla, se è stata accettata da lui, da suo padre, e da sua madre (3). Se non si sostiene a titolo di contratto di matrimonio, attingerà la sua forza nel contratto di donazione dei beni presenti.

Che se per lo contrario la donazione nulla a titolo del contratto di matrimonio, manca delle formalità volute per le donazioni ordinarie, nulla potrà proteggerla.

Il che è stato giudicato dalla corte di Tolosa in una specie, in cui una donazione di una somma di denaro era stata fatta per contratto di matrimonio ad uno dei coniugi assente. Siccome questa donazione non era stata accettata dal donatario, come il dritto comune esige, la corte ne pronunziò la nullità (4).

2478. Ritorniamo alla caducità della donazione.

Onde la condizione, che impedisce la caducità sia riputata legalmente adempita, non è necessario, che il matrimonio si celebri in vita del disponente, nè si potrebbe dire, che giunge troppo tardi, se il disponente è premorto.

Per quanto sia evidente una tale proposizione, nulladimeno è stata controvertita nel dritto antico. Si era avuta l'idea di pretendere, esi sere la disposizione caduca, perchè i futuri coniugi non erano impossessati del dritto risultante dalla donazione e dall'instituzione, se non dopo la celebrazione del matrimonio; che per conseguenza era d'uopo, che il disponente fosse anche in questo momento proprietario e capace di trasferire il dritto, obbietto della donazione.

Ma, rispondeva Chabrol (5), « la celebra« zione del matrimonio è per verità una con« dizione dell'instituzione: ma per l'ndempi« mento della disposizione non è necessario, « che questa condizione arrivi pendente la vita « dell'instituente; si può donare sotto una con« dizione da non verificarsi se non dopo la « morte di colui, che dona... Se l'instituente « non può rivocare la disposizione nell'inter« vallo dal contratto alla celebrazione. . . , la « sua morte non deve produrre maggior ef« fetto ».

Egli cita degli arresti, che hanno giudicato così (6).

È appena necessario di dire, che sotto l'impero del codice Napoleone la soluzione deve essere la stessa e riposa sui medesimi motivi (7).

2479. Con più forte ragione l'incapacità di donare, sopravvenendo nella persona del donante nell'intervallo tra il contratto ed il matrimonio, sarebbe senza influenza sulla donazione o l'instituzione contrattuale. La parte del donante è terminata, e gli avvenimenti, che colpiscono la sua persona dopo la disposizione legalmente fatta, non potrebbero reagire sul compimento della donazione da parte del donante.

ARTICOLO 1089 — (1044)

Le donazioni fatte ad uno degli sposi ne' termini degli articoli 1082, 1084, e 1086, diverranno caduche, se il donante sopravvive allo sposo donatario ed alla sua posterità (a).

SOMMARIO

(1) Art. 1082 a 1086, Cod. Nap. (*).
(2) Nimes, 8 gennaro 1850 (Devill., 50, 2, 91).
(3) Art. 935 Cod. Nap. (**).
(4) Tolosa 20 luglio 1852 (Devill., 52, 2, 450). Il ricorso prodotto contra di quest' arresto è stato rigettato il 29 di maggio 1854 (Devill., 51, 1, 4?7). Ma la Corte di cassazione non si pronunzia sulla nostra difficoltà.
(5) Consuetud. di Auvergne, cap. 14, art 26 sez. 2.
(6) V. nello stesso senso Auroux sul Borbonese articolo 216, n.i 55, 56, e 57.
(7) Grenier, n. 428. Vazeille sull' art. 1088, 1.ª

(*) Articoli 1038 a 1041 delle leggi civili. *Il trad.*
(**) Leggi civili art. 859. *Il trad.*
(a) Uniforme a quest' articolo è l' art. 1044 delle nostre leggi civili *Il trad.*

COMENTARIO

2480. L' art. 1089 pronunzia la caducità di certe donazioni fatte con contratto di matrimonio, se avviene, che il donatario muoia senza posterità prima del donante.

Il comentario di questo articolo importa tre ricerche. Quali sono le donazioni, alle quali si applica? Qual è l' avvenimento, che produce la caducità di queste donazioni? Qual è l'effetto della caducità?

2481. Dapprima è evidente, che le donazioni dei beni presenti, il cui carattere non è stato alterato da veruna condizione, che colpisca la loro irrevocabilità, sono al coperto dalle conseguenze della premorienza del donatario. Esse hanno prodotto tutto il loro effetto; vi è stata alienazione irrevocabile, spossessamento attuale, translazione con omnia della proprietà. Epperò questa specie di donazioni restano sotto l' impero del diritto comune. Il nostro articolo la dichiara espressamente, e la ragione lo dichiara primo di lui. Quando si dona a qualcuno puramente e semplicemente, si dona a lui ed ai suoi eredi, quali si siano. E siccome il donatario è stato impossessato in sua vita, è evidente, che egli trasmette il suo diritto a coloro, che gli succedono.

Nulladimeno il tribunale di Privas aveva creduto di poter applicare l' art. 1089 ad una donazione di beni presenti, fatta in un contratto di matrimonio ad una futura sposa da suo padre e sua madre.

La donataria era morta prima dei donanti, lasciando una figlia, morta anche essa poca tempo dopo. La contestazione esisteva tra i donanti ed il padre, erede naturale di questa figlio. Il tribunale per dare ragione ai donanti, aveva invocato l' art. 1089, e dippiù si era fondato sulla circostanza, che la donazione era stata fatta per anticipazione di successione; che i donanti avevano voluto, doversene fare la collazione alla successione, e che sarebbe contraria alla intenzione dei detti donanti, che i beni passassero ad un terzo non successibile, epperò affrancata dalla collazione; di talchè il tribunale si fondava non solamente sull' art. 1089, ma ancora su di un dritto di riversione, tacitamente convenuto, per decidere che i beni donati dovessero rivenire ai donanti in caso di premorienza del donataria e della sua posterità.

Ma sull' appello la corte di Nimes (1) ha ristabilito i veri principi, decidendo, che un dritto di riversione ai termini dell'art. 951 doveva essere espressamente stipulata, e che « la caducità pronunziata dall' art. 1089, tassativamente ristretta alle donazioni enunciate negli « art. 1082, 1084 e 1086, non può essere estesa ad una donazione tra vivi di beni presenti, o ad una donazione particolare di una « somma determinata; della quale il donatario « si trova impossessato nel momento stesso dell'atto; di sortechè il donatario venendo a morire prima del donante, il prima non ne trasmette mena irrevocabilmente ai suoi propri « eredi la cosa, a lui donata, se il secondo, « benchè gli sopravviva, non ha avuta la precauzione di riserbarsene la riversione, e che « questa ipotesi si è verificata nella specie presente ».

2482. Ma se egli è chiaro, che la caducità non affetta la donazione dei beni presenti fatta puramente e semplicemente, non è meno manifesto, che affetta l'instituzione contrattuale e la donazione dei beni presenti e futuri. Sono queste delle disposizioni, che si aprono soltanto in morte del donante, e che si trovano miste di certi elementi propri dei testamenti. Epperò bisogna, che il beneficiario esista in quest'epoca; se no, si applica loro le disposizioni relative ai legati, e la donazione cade (2).

Era diversamente nelle donazioni dei beni presenti e futuri fatte ne'luoghi di dritto scritto,

(1) Arresto del 14 maggio 1819 (Devill., 6, 2, 74).

(2) V. *Sopra*, n.i 2394, 2398.

ove si considerava, esservi due donazioni, l'una irrevocabile in quanto ai beni presenti, l'altra a causa di morte in quanto ai beni futuri (1).

Furgole insegna, che se il donatario moriva prima del donante, trasmetteva ai suoi eredi il suo dritto sui beni presenti (2), e che la donazione non era caduca, che per la parte della donazione relativa ai beni futuri (3).

Ma il codice Napoleone non poteva adottare una simile distinzione. La donazione dei beni presenti e futuri forma un insieme, le cui parti sono solidarie, a menochè nella morte del donante, il donatario non scelga pei beni presenti. Ma sinchè vive il donante, vi è unità della donazione. Ora il donatario venendo a perdere il suo dritto di ozione per la sua premorienza, lascia la donazione nel suo stato di unità originaria, ed è caduca per lo intiero.

2483. È forse lo stesso delle donazioni dei beni presenti sotto condizioni potestative da parte del donante, per esempio sotto il peso di pagare indistintamente tutti i debiti del donante o sotto la riserva pel donante della facoltà di disporre in tutto o in parte dei beni donati? L'art. 1089 risolve questa quistione, ed applica la caducità alle donazioni fatte nei termini dall'art. 1086, che autorizza le donazioni eccezionali, delle quali parliamo.

Importerebbe poco, che la condizione potestativa fosse risolutiva o sospensiva. Nell'uno e l'altro caso la donazione è caduca. Dapoichè la condizione di sopravvivenza del donatario e dei suoi figli è inerente in queste specie di donazioni. Quali si siano, esse prendono in prestito dalla materia dei legati la disposizione formolata dall'art. 1039. Il nostro art. 1089 lo pone a tal riguardo sulla linea medesima.

Supponiamo, che Pietro doni a suo fratello, che si marita, i suoi immobili consistenti in due tenute ed un bosco ceduo con ritenzione di usufrutto sua vita durante e con riserva della facoltà di disporre di talune porzioni di questi immobili. È evidente, che se il donatario muore prima del donante senza posterità, questo donatario non ha potuto trasmettere ai suoi eredi un dritto, che non poteva essere da lui acquistato, che in caso di premorienza del donante senza avere disposto delle cose riservate. Di talchè relativamente a queste riserve la donazione è caduca per la premorienza (4).

Supponiamo ancora, che Pietro doni a suo fratello, che si marita, due immobili designati, e dei quali lo mette in possesso, a condizione che pagherà i debiti, che il disponente avrà in tempo della sua morte. Qui, come prima, la donazione è caduca per la premorienza del donatario. Una tale donazione, come dice Ferrieres (5) potrebbe piuttosto passare per una « donazione a causa di morte, la quale non « prende la sua forza, se non dal giorno della « morte del testatore ». E poichè essa entra per questo importante lato nella classe dei legati, ne deve subire le conseguenze.

2484. È vero, che in questi differenti casi il donante ha rilasciato la cosa, e che vi è stato un principio di spossessamento; il che a primo colpo d'occhio sembra accordarsi difficilmente con l'idea di caducità, la quale suppone una impossibilità o un rifiuto di ricevere (6). Ma questa non è una grave obieziona. Poichè la donazione è soggetta ad una condizione dipendente dalla volontà del donante, essa non produce veramente degli effetti completi, se in morte di questo stesso donante. È veramente in questo momento, ch'è solamente permesso di sapere, se vi è donazione, o se non ve n'è. Ora come potrebbe il donatario ricevere il dono, se più non esiste? Come avrebb'egli potuto trasmettere ai suoi eredi collaterali un dritto, che alla sua morte non era formato? Come questi medesimi eredi potrebbero andare ad attingere il loro titolo in un atto, che partecipa della natura delle disposizioni a causa di morte, le quali sono sempre riputate fatte alla persona stessa (7)?

Non è egli chiaro, che il donante, il quale, comunque abbia voluto favorire il matrimonio, non ha voluto spogliarsi intieramente, nè altro ha fatto, che delle disposizioni rivocabili, si è preferito agli eredi indiretti del donatario, e che la sua volontà di gratificare non oltrepassa gli sposi ed i figli del matrimonio? Senza dubbio non bisogna moltiplicare le cause d'instabilità della proprietà, ma non bisogna neppure pervertire l'intenzione dei disponenti e la natura degli atti. Vedremo or ora, che l'avviso del consiglio di Stato dei 22 di decembre 1809 (8), prevedendo il caso, in cui una donazione universale è stata seguita dal rilascio dei beni presenti, non esita ad applicargli lo art. 1089 nel caso dalla premorienza del donante, che ha consentito a spogliarsene. Questo avviso del Consiglio di stato offre un argomento decisivo per la nostra quistione, e prova, che gli effetti presenti annessi ad una donazione precaria non impediscono, che venga dominata dall'art. 1089.

Diciamo dunque, che la donazione cade, e per servirci delle espressioni di Ulpiano, *cecidit ab eo* (9). Diciamo essere questa donazione annientita prima di essere pervenuta al suo risultamento diffinitivo. Senza dubbio la parola

(1) *Sopra*, n. 2387.
(2) Sull'art. 17 dell'ordin. del 1731, t. V, p. 167.
(3) *Loc. cit.*
(4) Ferrieres sopra Parigi, art. 274, n. 15, p. 1243.
(5) *Id.*, n. 17.
(6) *Sopra*, n. 2121.
(7) *Ibid.*
(8) N. 2497.
(9) Ulp., *Regul.*, tit. 17, § 1. *Sopra*, n. 2121.

Digitized by Google

caducità non conviene alla donazioni dei beni presenti, attuali, irrevocabili, diffinitive, consumate, ma si adatta *lato sensu* a delle donazioni, che malgrado un principio di esecuzione, non hanno fatto entrare il donatario, che in un'espettativa incerta, in un possesso, che la volontà del donante poteva ritirargli.

2485. Ma, si dice, l'art. 1086, al quale rinvia l'art. 1089, sembra nondimeno condannare questo rigore. Ed in effetti occupandosi della riserva di disporre, esso dice: « Se il donante muore senza avere disposto dell'effetto o della somma, saranno riputati compresi nella donazione, ed apparterranno al donatario o ai suoi « eredi. » Non risulta forse da ciò, cha se il donatario non esiste in tempo della morte del donante, sono gli eredi quelli, che profittano del benefizio della riserva? E se gli eredi hanno in questo caso un dritto acquistato, come non credere, che essi l'abbiano in tutti gli altri, ove si tratta di condizioni potestativa analoghe?

A questa obbiezione la risposta è facile. Si sa, che la donazione per contratto di matrimonio è riputata fatta non solamente *respectu personae donatarii*, ma anche in considerazione dei suoi figli, che gli sono sempre sostituiti volgarmente. Ed avvi qui una differenza tra le disposizioni testamentarie ordinarie e le disposizioni per contratto di matrimonio. Perocchè nelle prime la premorienza del solo legatario basta per fare svanire la disposizione, mentre nelle seconde occorre la premorienza del donatario e della sua posterità (art. 1089).

L'art. 1086 ha avuto dunque ragione di supporre, che nella morte del donante vi sarebbero talvolta degli eredi del donatario, ai quali apparterrebbe l'oggetto, del quale il donante non ha disposto. L'art. 1086 lungi dall'essere in opposizione con l'art. 1089, si lega invece con lui pel più logico concatenamento.

Ed ecco assai per una quistione, che non avrebbe dovuto essere sollevata in presenza dei termini così generali dell'art. 1089 e l'avviso del Consiglio di Stato dei 22 dicembre 1809(1).

2486. Del resto è sottinteso, che quando in una donazione di beni presenti il donante si è riserbata la facoltà di disporre di qualcuno soltanto dei beni donati, la caducità pronunziata dall'art. 1089, non si estende al di là dei beni, dei quali il donante ha ritenuto la disposizione, e che il resto della donazione è acquistata diffinitivamente dal donatario e trasmessibile ai suoi eredi, quali si siano (2) Questa donazione è governata da due dritti differenti per le differenti parti che la compongono: dal dritto comune per la parte irrevocabile, pel dritto speciale del contratto di matrimonio per la parte, che è rivocabile a volontà del donante.

2487. Passiamo ora all'avvenimento, che opera la caducità.

Il nostro testo dice, che la caducità ha luogo, quando il donante sopravvive allo sposo donatario ed alla sua posterità; il che naturalmente abbraccia due casi, quello, in cui il donatario muore e non lascia veruna posterità, ed il caso, in cui il donatario lascia, morendo, una posterità, che muore essa stessa prima del donante.

Qui il nostro articolo ha fatto in favore dei figli una eccezione, che non esiste a loro favore nella materia dei legati e dei testamenti; esso li chiama per prendere il posto del loro autore mercè una sostituzione virtuale. E per verità colui, che dota un matrimonio, agisce nella speranza, che sarà fecondo, e la sua liberalità si riporta così sui figli, come sugli stessi sposi (3).

2488. La parola « posterità » della quale si serve il nostro articolo, ha fatto nascere del dubbio. Lo sposo donatario può lasciare una posterità nata dal matrimonio, in di cui favore la donazione è stata fatta, o una posterità nata da un altro matrimonio. Il legislatore intende parlare soltanto della prima o di entrambi?

Abbiamo esposto più sopra la dottrina e la giurisprudenza a proposito dell'instituzione contrattuale (4); tutto quello, cha abbiamo detto su di ciò è applicabile alla donazione dei beni presenti e futuri ed alle altre donazioni, di cui parla l'art. 1089.

Non bisogna arrestarsi a quello, che dice Chabrol, comentando una disposizione analoga alla nostra. La consuetudine di Auvergne diceva (5): « Ed impossesseano le dette donazioni « e disposizioni apposte .. a favore dei con« traenti detto matrimonio...e discendenti da « loro soltanto. » Su che Chabrol fa l'osser« vazione seguente: se il donatario, morendo, lascia dei figli di due letti, la donazione profitterà esclusivamente ai figli nati dal matrimonio, in di cui favore è stata fatta. Ma se il matrimonio favorito dalla donazione è stato sterile, e che il donatario lascia soltanto figli di un altro letto, questi ultimi impediranno la donazione di essere caduca, e la raccoglieranno. Così Chabrol interpreta una nota, aggiunta da Dumoulin alla consuetudine, e così concepita: *Ex quocumque matrimonio*.

Ma questa opinione non è sostenibile, almeno per quanto riguarda il codice Napoleone, perciocchè i chiamati sono soltanto i figli nati dal

(1) Tale sembra essere il sentimento de' signori Duranton, t. IX, n. 741. Toullier, t. V, n. 826; Zachariae, § 738, t. V, p. 502. *Contra*, Coin-Delisle sull'articolo 1089 a Marcadé su questo stesso articolo.

(2) *Sopra*, n. 2483. Duranton, t. IX, n. 741.

(3) *Sopra*, n. 2357.

(4) *Ibid.*

(5) Cap. 14, art. 17.

Digitized by Google

matrimonio, che ha fatto l'obbietto della liberalità. Il donante non ha voluto dotare, che un solo matrimonio. Un secondo matrimonio è stato fuori delle sue previsioni e dei suoi voti.

Lebrun non era andato così lontano come Chabrol, ed egli non estendeva la liberalità ai figli di un secondo matrimonio, se non quando la liberalità emanava da un padre, che pel contratto di matrimonio di suo figlio, instituito suo erede, aveva sostituito i figli maschi, che nascerebbero dal matrimonio. Pensava, che « questa sostituzione doveva estendersi ai figli di « un secondo matrimonio del figlio nel caso, « in cui non ve ne fossero stati dal primo, nel « cui contratto la sostituzione era stata fatta (1) ». Egli si fonda su questa circostanza, che l'autore dell'instituzione è un ascendente « al « quale i figli maschi del secondo letto di suo « figlio sono così cari, come quelli di un primo letto ». Abbiamo veduto più sopra questo sentimento espresso in un arresto della corte di Bourges (2), che noi non sapremmo adottare neppure in questo caso ristretto. De Lauriere oppone a tutte queste soluzioni un ragionamento irresistibile.

« La sostituzione volgare tacita, che ha per « fondamento la volontà presunta di colui, che « ha fatto la disposizione, non può avere maggiore effetto della sostituzione volgare espressa. Ora se colui, che è intervenuto nel secondo matrimonio del padre, avesse sostituito « volgarmente ed espressamente i figli del « primo letto nel caso, in cui il padre morisse « senza figli del secondo, questa disposizione « sarebbe stata nulla, perchè le instituzioni non « valgono... nei contratti di matrimonio, che « quando sono fatte in favore dei soli coniugi « o dei figli nati dal matrimonio, e non relativamente ad ogni altra persona (3) ».

Si vede, che questo ragionamento attacca la dottrina contraria nella sua base; la rovescia sotto tutti i punti di vista; ed anche quando il padre avesse fatta la donazione, l'argomento di De Lauriere avrebbe tutto il suo valore. D'altronde, come abbiamo detto, tutti i matrimoni non sono uguali nella affezione del padre, e ciò, che ha fatto per l'uno, non è una regola necessaria per un matrimonio seguente (4).

Del resto quello, che vi è di vago nella parola « posterità » adoprata dall'art. 1089, si trova precisato dall'art. 1082, che decide l'instituzione contrattuale potersi fare « così a favore dei detti coniugi, che dei figli da nascere « dal loro matrimonio, nel caso in cui il do« nante sopravvivesse allo sposo donatario(5) » Epperò i figli di un altro matrimonio non sono chiamati a rappresentare *jure suo* il loro padre premorto. La liberalità non è stata fatta per loro, ma essa concerne solo, come dice Coquille « la linea, che dovrà uscire dal matri« monio, che è la causa finale di questa libe« ralità (6) ».

2489. Ciò non vuol dire, che quando il donatario sopravvive al donante e raccoglie la donazione, i figli del secondo letto non avranno parte agli oggetti donati, che si troveranno nella sua successione. Per lo contrario è certo, che alla sua morte il dono così raccolto si dividerà come tutto il patrimonio, tra i figli del donatario, da qualsivoglia matrimonio siano nati. Ed in effetti i beni hanno perduta la loro origine, formano una parte integrale della successione del donatario, e passano ai suoi eredi, quali si siano (7)

2490. Poichè i figli di un matrimonio diverso da quello, in favore del quale il matrimonio è stato fatto, non sono di ostacolo alla caducità della donazione, con più forte ragione avviene lo stesso di un figlio adottivo del donatario. Esso non è nato dal matrimonio, a di cui favore la donazione è stata fatta, nè è per nulla nelle cause finali della donazione (8).

2491. Credo il figlio naturale legittimato dal matrimonio, in considerazione del quale la donazione o la instituzione è stata fatta, egli è compreso nella sostituzione volgare, e deve essere trattato in tutto come un figlio del matrimonio.

2492. Prima della legge dei 31 di maggio 1854, se la morte del donatario, quantunque anteriore a quella del donante, avesse avuto luogo dopochè questo ultimo fosse stato colpito di morte civile, il donatario sarebbe morto, avendo di già raccolto il suo dritto alla donazione, e lo avrebbe trasmesso ai suoi eredi. Poichè allora la morte civile, del pari che la morte naturale apriva la successione del morto civile, e dava effetto alle sue disposizioni a causa di morte. Ad oggi la pena, che rimpiazza la morte civile non apre più la successione del condannato. L'effetto dell'instituzione o di una donazione di beni presenti e futuri non apre la successione del condannato, e l'effetto dell' instituzione o di una donazione di beni presenti e futuri, che questo condannato ha fatto deve essere sospeso sino alla sua morte, e sinchè questo

(1) *Success.*, lib. 3, cap. 2, n. 12.
(2) N. 2357.
(3) *Instit. contratt.*, cap. VIII, n. 38.
(4) Sulla quistione in generale vedole Coquille sul *Nivernese*, tit. 27, art. 12. Bourjon, *Dritto comune*, tit. instit. contratt., 2, tit. 3, cap. 4, n. 4. Auroux des Pommiers, sul *Borbonese*, art. 219. Pothier, *Consuet. d'Orléans*, introd. al tit. XVII, n. 23. Merlin, Repert., v° *Instit. contrat*, § 12, n. 9.
(5) V. ancora l'art. 1093, Cod. Nap.
(6) *Loc. cit.*
(7) Chabrol su Auvergne, cap. 14, art. 17, t. II, p. 285.
(8) Duranton, t. IX, n. 749.

avvenimento non è giunto, la morte del donatario e della sua posterità importa la caducità (1).

2493. Quid se la morte del donatario avviene dopochè il donante è scomparso senza dare nuove di sè? Siccome la scomparsa d' una persona non fa aprire i dritti subordinati alla sua morte, se non dopo la dichiarazione di assenza, il donatario e l'instituito entreranno in possesso dei beni, che loro sono stati promessi, solamente dopo della sentenza, che pronunzia la sopradetta dichiarazione (2). E da un altro lato la dichiarazione di assenza facendo considerare la successione dell' assente come aperta nel momento della sua acomparsa o delle ultime sue notizie (3), bisogna indagare, se appunto in questo momento il donatario od i discendenti del matrimonio esistevano. La loro morte posteriore a questa data non impedirebbe l' apertura provvisoria della disposizione a favore dei loro aventi causa.

2494. Abbiamo parlato sin ora della morte naturale del donatario avvenuta prima dell' apertura della soccessione del donante.

Prima della legge dei 31 di maggio 1854 la morte civile del donatario operava caducità in virtù dell' art. 1089, come la sua morte naturale. Dapoichè diveniva d' allora in poi incapace di raccogliere una donazione o un legato. Oggi sebbene la morte civile sia abolita, la decisione non è per questa cambiata, dapoichè il condannato ad una pena perpetua non è più, egli è vero, morto civilmente, ma è sempre incapace di ricevere una liberalità (4). Per conseguenza se è ancora nel medesimo stato, se non è stato riabilitato nel momento della morte del donante o dell' instituente, la disposizione cadrà, a menochè non vi siano dei figli del matrimonio, nel quale caso prenderanno *jure suo* il posto del loro autore.

2495. Supponiamo ora, che il donatario scomparisca senza notizie, e che la sua esistenza sia incerta nel giorno della morte del donante; la donazione o la instituzione sarebbe caduca relativamente a questo donatario sinchè la sua esistenza nel momento dell'apertura del dritto non sarà dimostrata. Questo caso cade sotto l' applicazione dell' art. 135 (a), il quale dispone sui dritti eventuali, che competono all' assente dopo la sua scomparsa (5).

2496. Arriviamo agli effetti della caducità. Nello stretto significato delle parole una disposizione è caduca, quando non viene raccolta (6). Nè bisogna confonderla con quella, che dopo di essere stata raccolta, è tolta al beneficiario da un dritto di risoluzione o da un dritto di ritorno.

Se ciò si applica all'institruzione contrattuale o alla donazione dei beni presenti e futuri, ne risulta, che la premorienza del beneficiario fa cadere la disposizione primachè abbia fatto passare nelle sue mani gli utili, che vi sono annessi. Movendo di là, se avviene, che la liberalità sia stata fatta ad un futuro coniuge, che in seguito premuore, il donatario o l'instituito è riputato di non avere avuto mai alcun dritto sulle cose comprese nella disposizione; queste cose non hanno fatto impressione sulla sua testa, e conseguentemente invano sua moglie pretenderebbe su di essi un' ipoteca legale. Qui non si applica l'art. 952 del codice Napoleone (b), il quale, quando si opera la riversione dei beni donati per contratto di matrimonio, accorda su di essi per una favorevole eccezione una ipoteca sussidiaria alla donna (7). Il nostro articolo non prevede un caso di riversione, ma si occupa di un caso di caducità, che è differente del tutto.

Il signor Malleville insegna nulladimeno, che se un futuro sposo, donatario dei beni presenti e futuri, muore prima del donante, la moglie conserva la sua ipoteca legale sui beni presenti compresi nella donazione (8). Ma è questo un errore, la cui causa è tutta intiera nella falsa idea, che il signor Malleville si faceva della donazione dei beni presenti e futuri sotto del codice Napoleone. Perciocchè egli attribuisce a questa disposizione un effetto attuale in quello, che concerne i beni presenti, effetto, che prende a prestito dalle riminiscenze dei paesi di dritto scritto (9). E sotto l' influenza di questo quiproquo vuole per argomento dell' art. 952, che l' ipoteca della moglie abbia colpito questi beni in tempo utile, e che non possa perdere degli effetti consumati prima della morte.

Ma abbiamo provato, che il sistema dei paesi di dritto scritto è stato proscritto dal codice, e che oggi la donazione dei beni presenti e futuri è nel suo insieme differita e sospesa sino alla morte del disponente (10). Se dunque il donatario muore prima di quest' epoca, questo avvenimento fa svanire la donazione, e la moglie del donatario non conserva una ipoteca, che non aveva potuto acquistare sopra beni, che suo marito non ha acquistato (11).

2497. Ma che si dovrebbe decidere, se sotto

(1) *Sopra*, n. 2121 (nota).
(2) Duranton, t. IX. n. 540.
(3) Art. 120, C. Nap. (*).
(4) Art. 3, legge del 31 maggio 1854. V. quello, che abbiamo detto *sopra*, n. 511. *Aggiungi*, art. 1043.
(5) Duranton, t. IX, n. 750.
(a) Leggi civili art. 141. *Il trad.*

(*) Leggi civili, art. 126. *Il trad.*

(6) *Sopra*, n. 2121.
(7) *Sopra*, n. 1280.
(b) Leggi civili art. 877. *Il trad.*
(8) *Analisi della discussione*, sull' art. 1089, t. II, p. 532.
(9) *Sopra*, n. 2387.
(10) *Sopra*, n. 2398.
(11) Duranton, t. IX, n. 736; e Coin-Delisle, sull' articolo 1089, n. 1.

Digitized by Google

Il codice Napoleone il doonote coosentisse a spogliarsi attualmente dei beni presenti. La premorienza del donatario non farebbe forse ritornare la cosa nelle mani del donante col peso dell'ipoteca della sposa conformemente all'art. 952? (a)

Notate bene, che noi non supponiamo due donazioni distinte nello stesso atto, l'una dei beni presenti, l'altra dei beni futuri, perocchè in simile caso bisognerebbe dire, che la premorienza del donatario non fa svanire la donazione dei beni presenti, e che il dritto del donatario è passato ai suoi eredi, come Furgole insegnava nei paesi di dritto scritto (1).

Ma noi supponiamo, che il donante ha inteso di fare una donazione cumulativa, i cui elementi sono legati e solidari. Il donante che può variare le sue disposizioni secondo l'esigenza dei casi, è il padrone di non rompere il legame, che unisce cumulativamente i beni presenti ed i beni futuri; e nulladimeno di fare al donatario il rilascio dei beni presenti, affinchè la sua donazione produca degli effetti successivi senza cessare di essere solidaria. Valida o caduca per il tutto la donazione è retta, sotto il rapporto della premorienza, dall'art. 1089, e questa premorienza la fa svanire per intiero. In questo caso i beni, dei quali il donante si è spogliato, fanno una specie di ritorno nel suo patrimonio, come questo risulta da un avviso del consiglio di Stato del 22 di dicembre 1809, che di già abbiamo citato (2) Esso decide, che la clausola, che il donatario entrerà immediatamente in godimento, inserita in una donazione di beni presenti e futuri, opera mutazione, e fa incorrere un dritto proporzionale di registro; ma che in caso di sopravvivenza da parte del donante, i beni ritornano a questo ultimo conformemente all'art. 1089 del codice.

Si vede, che questo avviso del consiglio di Stato ha coordinato il rilascio col carattere della donazione dei beni presenti e futuri, che per sua natura è indivisibile sinchè vive il donante. Esso si è guardato bene dall'adottare il sistema dei paesi di dritto scritto ricordato più sopra(3), secondo il quale il rilascio fatto al donatario ha per conseguenza di farlo considerare come talmente proprietario, che malgrado la sua premorienza egli trasmetteva il suo dritto ai suoi eredi Il consiglio di Stato è saggiamente pervenuto ad una diversa soluzione, e la sua decisione si spiega per mezzo di uno combinazione di diverse vedute, cavate dalla convenzione e dall'art. 1089. La convenzione ha modificato gli effetti ordinari della donazione cumulativa in quanto che le fa produrre un rilascio di beni presenti, che è contrario allo natura di questo genere di liberalità. Ma per questo solo che la donazione resta cumulativa, malgrado questa derogazione al dritto comune; poichè essa lascia sussistere questo miscuglio e l'unione dei beni presenti e futuri, l'art 1089 deve applicarsi alla donazione tutta intiera.

Ora la caducità facendo rientrare tutti i beni nella mano del donante, glieli restituisce forse sotto il peso dell'ipoteca sussidiaria della moglie? È questa una riversione simile a quella, della quale l'art. 952. regola gli effetti?

Tal è la quistione.

Rimarchiamo bene dapprima, che l'avviso del Consiglio di Stato precitato non rinvia all'art. 952, ma mette la donazione sotto l'impero dell'art. 1089. Questa è un'osservazione, che ha un valore, che non si potrebbe contestare. Se l'art. 1089 è la sola regola di questa riversione, ne siegue, non esser essa la riversione ordinaria contemplata dall'art. 951 (b), ma una riversione, che bisogna assimilare ad una caducità.

Vi è un'altra osservazione. L'art. 952 suppone, non avere il donante stipulato nulla di contrario alla regola « donare e ritenere non vale »; suppone essersi esso spogliato pienamente, irrevocabilmente, tranne la riserva della riversione in caso di premorienza del donatario. In simile caso l'effetto giuridico, per virtù del quale la cosa è rimpiazzata nelle mani del donante, merita a giusto titolo il nome di riversione; l'immobile rientra in un patrimonio, dal quale era uscito. Non è lo stesso qui, perciocchè il donante si è spogliato facendo gravare sulla donazione un carattere precario; esso ha il dritto tacito ed innato di creare dei debiti e di esaurire con questo l'emolumento presente e futuro. Esso ha donato, ma ha ritenuto; nè la cosa è uscita pienamente dal suo patrimonio, ma per lo contrario vi è rimasta per un legame, che la riteneva contra tutte le regole ordinarie delle donazioni propriamente dette. È questa la riversione contemplata dagli articoli 951 e 952? Da un'altra parte come la moglie avrebbe de' dritti superiori a tutti quelli, che piacerà al donante di fare gravare sulle cose donate, ed a tutt'i creditori, che si presenteranno nel giorno della sua morte? Come sarebbe dunque possibile, che la cosa rientrando nelle mani del donante pel fatto della premorienza, vi ritornasse gravata di un dritto d'ipoteca legale, che comprimerebbe il diritto di questo stesso donante di creare dei debiti illimitati? Sarebbe ragionevole, che il donante venisse messo da questa premorienza in una meno buona condizione di quella, nella quale sarebbe stato sua vita durante, s'egli fosse premorto? Epperò l'art. 952 non ha nulla da fare nella nostra ipotesi, dopoichè

(a) Leggi civili art. 877. *Il trad.*
(1) *Sopra*, n. 2482.
(2) *Sopra*, n. 2400.
(3) *Sopra*, n. 2482.
(b) Leggi civili art. 876. *Il trad.*

Digitized by Google

quest'articolo è una eccezione alla regola « *re* « *soluto jure dantis, resolvitur jus accipien-* « *tis* », nè quest'eccezione può essere estesa fuori del caso, che prevede. L'art. 952 suppona da parte del donante una intenzione favorevola verso della sposa e facile a comprendersi da parte di un donante, ch'è giunto sino a legarsi irrevocabilmente, ed a preferire assolutamente il suo donatario a sè stesso. Ma non è possibile di sottintenderlo in un donanta, che nel donare ha voluto ritenera, e che si è prepreferito al donatario.

Ma questo diverrà più chiaro mercè la specie, che riferiremo nel n. 2499.

2498. Non vi è nulla a questo di contrario in un arresto della Corte di cassazione de' 7 di aprile 1809 (1) del quala ho consultata la apecie su' registri della Corte. Quest' arresto riposa per intiero su di una valutazione de' fatti, da' quali risulta, avere inteso il donante di dare alla futura sposa una ipoteca convenzionale su' beni donati. Nè era l'ipoteca sussidiaria risultante dall' art. 952, ma una ipoteca stipulata espressamente, una ipoteca piena, intiera, risalente al giorno del matrimonio, ed avente un valore acquistato sugl' immobili sia che fossero posseduti dal donatario, sia che in caso di rivers one entrassero nelle mani del donante, che si era formalmente obbligato.

Lorenzo Aubenque nel maritare suo figlio Bartolomeo alla signorina Martinene aveva ricevuto dal padre di costei una somma di 10.000 franchi, che formavano la dote della futura sposa, e, ciocchè vi è di rimarchevole, gli era stata pagata, onde l'impiegasse nel suo commercio. Per sicurezza di questa somma Lorenzo fece a suo figlio col suo contratto di matrimonio una donazione di beni presenti e futuri con obbligazione solidaria de' beni presenti alla restituzione de' 10,000 franchi, dote della futura sposa. Risultava dalla combinazione di tutte le clausole del contratto di matrimonio, che da una parte Lorenzo aveva voluto spogliarsi, affinchè (come diceva la Corte di appello di Montpellier) i beni presenti facessero impressione sulla testa di Bartolomeo suo figlio; che dall' altra questi beni erano pervenuti nella mani del futuro con l'obbligaziona di garentire la dote, della quale il donante, suo padre, era personalmente debitore. Per lo cha il dritto di riversione stipulato dal padre in caso di premorienza di suo figlio non poteva in verun modo nuocere il dritto della sposa, poichè quest' ultimo militava con tanta forza contra del donante, obbligato personalmente, che contra del donatario. Ripeto, che l'art. 952 non fu invocato da veruno, e la lita versava, non su d'una quistione di dritto, ma su di un' interpretazione di convenzione.

2499. Vediamo intanto come agisce l'articolo 1089 sulla donazioni non cumulative, soggette alle condizioni potestative autorizzate dall' art. 1086.

Per esempio Primo ha donato a Secondo con contratto di matrimonio due fondi, dei quali si è spogliato, ma gl'impone la condizione di pagare i debiti, che lascerà in tempo della sua morte. Secondo muore senza figli innanzi Primo. La sposa avrà un' ipoteca sussidiaria su questi due fondi per argomento dell' art. 952?

No, a qui si applica in un modo anche più tagliente l'argomentazione, che facevamo nel n. 2497.

Nel caso dell' art. 952 la liberalità è unicamente soggetta alla condizione di sopravvivenza del donatario. Per il dippiù la donazione è attuale, irrevocabile, diffinitiva. Nella nostra ipotesi non è lo stesso, perocchè non solamente il donatario dave sopravvivere al donante, ma è duopo ancora, che egli subisca l'arbitrio del donante per la creazione di debiti illimitati. Ora la sposa non ha potuto sperare, che la sua ipoteca gravasse un immobile, così profondamente affetto da tutto il potere del donante e così direttamente sottomesso ad una volontà di rivocazione. Questa situazione differisce nella più grave maniera da quella, che regola l'art. 952.

Articolo 1090 — (1045)

Tutte le donazioni fatte agli sposi nel loro contratto di matrimonio saranno nel momento dell' apertura della successione del donante riducibile alla porzione, della quale la legge gli permetteva di disporre (a).

SOMMARIO

2500. Quest' articolo applica alle donazioni per contratto di matrimonio il principio della riduzione delle liberalità inofficiose.

2501. Quest' applicazione soffriva difficoltà, perchè queste donazioni sono quasi a titolo oneroso. Dubbi ne' paesi di dritto scritto.

(1) Devill., 9, 1, 268; *Palazzo*, 22, 886.

(a) Corrisponde a quest' articolo l'art 1045 delle Leggi civili, scnonchè mentre qui la disposizione è imperativa, nel nostro articolo è permissiva. Quest' articolo dice — « Le donazioni ecc. saranno riducibili ».. l'articolo delle nostre Leggi civili dice. — « Le donazioni ecc. potranno... » È chiaro, che niuna conseguenza emerge da questa varietà di redazione, comechè l'azione di riduzione è sempre facoltativa, e niuno, ove nol voglia, potrebb'essere obbligato a chiedere la riduzione della donazione. Però la locuzione del nostro articolo è più esatta. *Il trad.*

COMENTARIO

2500. Quest' articolo non presenta, che una applicazione pura e semplice del principio della riduzione delle liberalità, che ledono la riserva degli eredi. Se le donazioni fatte per assicurare la dote del matrimonio sono favorevoli, le legittime non lo sono meno, e non vi è nulla di così conforme alle leggi della natura, che di serbare l' eguaglianza tra i figli (1). Laonde il nostro articolo non vuole soffrire una ingiustizia smisurata tra persone, sì intimamente unite dal legame del sangue. Per ben comprenderne l'utilità, bisogna sovvenirsi delle dottrine, che a tre volte erano prevalute nella giurisprudenza di certi parlamenti, e che il nostro legislatore ha voluto condannare.

2501. Come oltrove abbiamo detto (2), le donazioni fatte per contratto di matrimonio, e sopratutto le costituzioni di dote partecipano della natura dei contratti a titolo oneroso. Ed è per questo, che le donazioni di tal fatta non sono rivocabili per causa di frode a dimanda dei creditori, che nel solo caso, in cui il marito è complice della frode, commessa dal donante (3). Ed è anche per questo motivo, che colui, che ha costituito una dote, è obbligato a garentirla (4). Da ciò bisogna forse conchiudere, che la donazione a titolo di dote non è riducibile per comporre la riserva degli eredi, che la legge favorisce?

Cotesta quistione si è presentata sotto il dritto romano, ed è stata risoluta da due rescritti dell' Imperatore Constanzo (5) in questo senso, che la dote, che è inofficiosa, cioè che lede la legittima, deve essere ridotta, come una donazione ordinaria. Il primo rescritto è generale; il secondo dispone sul caso di una costituzione di dote, fatta dalla moglie a suo marito in pregiudizio dei figli del primo letto. Tutti due decidono, che la dote, che lede la legittima degli altri figli, deve essere ricondotta nei termini legali.

Giustiniano fuse queste due leggi in una sola, e ne fece una decisione generale, che abbracciava tutti i casi, e pronunziava per tutte le necessità della riduzione (6). Questa legge è chiara in se stessa, e doveva far cessare ogni dubbio. ma degli interpreti più abili del bisogno, si misero ad avvicinarla alle due leggi di Constanzo, che riassumevo, e pretesero, che essa disponeva unicamente pel secondo caso contemplato da questo imperatore. Movendo di là, esclusero l'autorità del dritto romano da tutti i casi, in cui non si trattasse di una donna, che si maritava in pregiudizio dei suoi figli di un'altra unione, e si costituiva in dote tutti i suoi beni (7). E sotto questa influenza il parlamento di Tolosa dopo di essere stato nelle sane idee della riduzione, le abbandonò per portare tutto il suo favore dalla parte del marito, volendo che non rimanesse privato dei beni, sui quali oveva contato per alimentare la sua famiglia (8). Nulladimeno si finì col riconoscere, esservi in questa giurisprudenza una troppo grande ingiustizia relativamente agli altri figli; che la eguaglianza che è nella natura, riceveva una troppo grande lesione, e questo favore per la causa del marito fu temperato nell'ultimo stato degli arresti di questo parlamento. Epperò si giudicava nel momento della promulgazione dell'ordinanza del 1731, che la dote non sarebbe sottoposta ad una riduzione per formare la legittima, se non dopo la morte del marito

(1) D' Olive 3. 21.
(2) Coment. del *Contratt. di matrimonio*, n.i 12, 130, 1246. *Sopra*, n. 2342.
(3) L. 25, § 1, D., *Quae in fraudem credit*. Il mio coment. del *Contratto di matrimonio*, t. I, n. 131.
(4) Art. 1440, C. Nap. *Sopra*, n. 2342.
(5) L. 1 e 2. C. Theodos, *De inoff. dotibus*. D' Olive le attribuisce a torto a Costantino (3, 21). Gotofredo prova, che sono di Constanzo.
(6) L. unica C. Giustin, *De inoff., dotibus*.
(7) D' Olive, 3, 21, e le conchiusioni dell' avvocato generale Briquet, riferita in Ferrières sopra Parigi, art. 298, glossa 4. n. 23, p. 341, col. 2.
(8) D' Oliva lib. 3, cap. 21. De Catelan, lib. 4, capitolo 63. Furgole, sull' art. 35 dell' ordi. t. V, p. 292, e quest. X.

Digitized by Google

o la separazione dei coniugi, in una parola, quando l'interesse del marito non sarebbe più in giuoco (1).

Del resto gli altri parlamenti di dritto scritto non erano entrati in questo ordine d'idee, ed i parlamenti di Grenoble e di Provenza giudicavano indistintamente, essere le doti riducibili per le legittime, anche senza attendere la morte del marito (2). E con ciò si dimostravano meglio istruiti del parlamento di Tolosa del senso della legge unica del codice Giustinianeo *de inofficiosibus dotibus*, che non dice una sola parola delle restrizioni, che le si prestano, e che presa nel suo senso naturale, parlo semplicemente di una madre, che avendo dato una dote eccessiva ad uno dei suoi figli, solleva le reclamazioni degli altri.

2502. In quanto ai paesi consuetudinari si pensava ancora, che la costituzione della dote era un mezzo troppo facile e troppo pericoloso di mettere uno dei figli nell'agiatezza e di rimanere gli altri in una posizione ineguale, e vi si applicava invariabilmente il rimedio della riduzione. Così Ferrieres (3), Ricord (4), Lebrun (5) decidevano, essere la dote soggetta a riduzione per lesione della legittima, e questo immediatamente dopo la morte del disponente senz'attendere la dissoluzione del matrimonio.

2503. Questa dottrina, la sola giusta e ragionevole, è stata consacrata dall'ordinanza del 1731. L'art. 35 conteneva: « che la dote, « anche quella, che fosse stata fornita in contanti, sarà soggetta alla riduzione per la le« gittima nell'ordine prescritto dall'articolo « precedente, il che avrà luogo, sia che la le« gittima fosse dimandata durante la vita del « marito, o che lo fosse solamente dopo della « sua morte ecc ».

L'ordinanza non parla delle altre donazioni nuziali, ma l'art. 35 è loro con più forte ragione applicabile.

2504. Il nostro articolo ha riassunto e generalizzate queste proposizioni, che sono eminentemente sagge. Il favore del matrimonio deve conciliarsi con l'interesse de' figli del donante, i quali nella morte del loro padre non hanno ancora ricevuta dote, nè è stato loro formato uno stabilimento. Le riserve sono di dritto naturale; nulla potrebbe loro ledere, e se il marito può esser assimilato ad un compratore, come talvolta si fa, i figli sono dei creditori anteriori, il cui titolo si basa sul più inviolabile e più sacro dritto.

2505. Ciò premesso, bisogna dunque dire, che tutte le donazioni fatte per contratto di matrimonio a' futuri sposi sono riducibili nella misura della quota disponibile. Ma se vi sono altre donazioni fatte dalla stesso persona a dei terzi, in qual ordine le donazioni per contratto di matrimonio saranno colpite dalla riduzione?

Dapprima non vi potrebbe essere dubbio relativamente alle donazioni de' beni presenti fatte per contratto di matrimonio, perciocchè sono evidentemente soggette a riduzione secondo la data del contratto di matrimonio, e poco importa, che siano subordinate alla celebrazione del matrimonio. La condizione adempita opera un effetto retroattivo, ed il donante non ha potuto dopo il contratto di matrimonio, anche prima della celebrazione, fare oltre liberalità, che nuocciano allo sposo gratificato.

2506. Veniamo alle instituzioni contrattuali.

L'instituzione contrattuale comunque si apra solo nella morte del disponente, è nulladimeno irrevocabile dal giorno, in cui è fatta. L'instituente non ha più il dritto di fare delle liberalità in pregiudizio dell'instituito, tranne chè per modiche somme a titolo di ricompensa o altrimenti (6). Da che risultano due conseguenze; l'una che ogni donazione posteriore un poco importante, in quanto venne fatta sopra beni di già compresi nell'instituzione contrattuale, è nulla, e non già riducibile; l'altro, che l'instituzione contrattuale prende il grado fra tutte le donazioni, che versano sugli altri beni, alla data del contratto di matrimonio per determinare l'ordine, nel quale, se vi è luogo, dovrà essere ridotta.

Applichiamo ciò all'instituzione contrattuale universale ed all'instituzione contrattuale a titolo universale.

Quando l'instituzione di erede abbraccia la intera successione del disponente, tutte le donazioni posteriori al contratto di matrimonio e non modiche sono nulle. Lo instituito sopporta solo e per lo intero la riduzione necessaria per la formazione delle riserve, ed in diffinitivo raccoglie soltanto la quota disponibile, meno le donazioni anteriori al contratto di matrimonio.

Se l'instituzione contrattuale versa unicamente su di una quota parte della successione, per esempio su di una metà, e, che l'instituente abbia dipoi fatte delle liberalità particolari, in questo caso queste liberalità sono dapprima nulle per la metà; dippiù per l'altra metà debbono essere ridotte di tutto quello, che manca alla riserva degli eredi. In quanto all'instituito non sarà colpito dalla riduzione,

(1) Furgole sull'ord. *loc. cit.*
(2) Furgole, *Ibid.*
(3) *Consuet. di Parigi*, art 298, glossa, 4, n. 17 e seguenti.
(4) *Donaz.*, 3, p. 1071 e seg.
(5) *Success.*, lib. 2, cap. 3, sez. 7, n. 16.
(6) Art. 1083, Cod. Nap.

Digitized by Google

che nel solo caso, in cui la metà, che il donante non aveva compreso nella sua instituzione contrattuale, non bast'all' integrità della riserva degli eredi (1).

2507. Tutto quello, che abbiamo detto, è applicabile alla donazione dei beni presenti e futuri, allorchè il donatario accetta la donazione per intiera, e non si limita ai beni presenti. Il che decideva l' art. 36 dell' ordinanza del 1731. Sotto il rapporto, che ci occupa non vi è veruna differenza da stabilire tra colui, che ha dritto a tutti o parte dei beni in virtù di una instituzione contrattuale, e l'altro che vi ha diritto in virtù di una donazione dei beni presenti e futuri. O la donazione è universale, ed il donatario è tenuto delle riserve, o essa è di una quota di beni, ed il donatario non è tenuto, che dopo la discussione degli altri beni del donante e delle donazioni posteriori (2).

Ma bisogna prevedere un caso, che si può presentare. È possibile, che il donatario di una quota parte di beni presenti e futuri sia gravato con una clausola espressa di contribuire al pagamento delle legittime; in questa ipotesi il precitato articolo della ordinanza decide, che il donatario della metà per esempio, deve sopportare la metà delle legittime in preferenza dei donatari, ai quali l'altra metà dei beni è stata donata dopo il contratto di matrimonio (3). La volontà del donante ha imposto questa legge alla donazione. Bisogna eseguirla. Questa soluzione della ordinanza è anche quella, che bisogna adottare sotto il codice Napoleone.

2508. Rimarchiamo, che secondo l'opinione di Henrys (4) e di Furgole (5) il donatario universale di una parte dei beni futuri, a chi è stato imposto il peso di una parte proporzionale di una legittima, è tenuto di fornire questa parte, anche quando il donante non ha fatto ulteriormente alcun altro liberalità, e che il donatario universale non concorre, che con gli eredi riservatari; di sortechè sebbene costoro trovano forse nella successione intestata l' equivalente della loro riserva, potranno nulladimeno convenire in riduzione il donatario per torgli una parte proporzionale della riserva. Però questo parere non ha ottenuto l' unanimità degli autori antichi. Bretonnier lo critica, ed in ultimo analisi è una quistione d' intenzione, che i giudici decideranno secondo le circostanze. Il disponente ha la facoltà di lasciare ai suoi legittimari più della riserva legale, e può imporre la sua volontà ai donatari, che gratifica. Ma questa volontà esiste nella specie? La redazione della clausola aiuterà molto a risolvere la quistione.

2509. I doni o legati modici a titolo di ricompensa o altrimenti, che il donante può fare e mettere a carico dell'instituito o donatario universale, non sono riducibili alla loro data e prima dell' instituzione o della donazione dei beni presenti e futuri. È la ragione si è, che queste liberalità modiche sono per l' instituito meno delle donazioni posteriori, che dei pesi da sopportare. Sarebbe troppo comodo all' instituito di sbarazzarsi da questo peso col fare cadere in prima linea queste donazioni sotto la riduzione, che la riserva esige.

Codeste liberalità saranno ridotte soltanto dopo la stessa donazione universale, perciocchè in generale hanno delle cause favorevolissime, ed il donante è riputato avere voluto farle eseguire integralmente in preferenza della instituzione e della donazione dei beni presenti e futuri.

2510. Noi abbiamo supposto, che il donatario dei beni presenti e futuri abbia accettato senza divisione tutti i beni del donante defunto. Che se il donatario scegliesse pei beni presenti, sarebbe assolutamente comparabile ad un donatario tra vivi, e se il donante avesse fatto dopo il contratto di matrimonio tali doni o legati di somme modiche, che un donatario di beni futuri sarebbe tenuto di soddisfarli, questi doni o legati dovrebbero nondimeno essere ridotti i primi ed innanzi la liberalità fatta allo sposo donatario, che scegliendo pei beni presenti, si è liberato dal loro peso.

2511. Ora bisogna occuparci delle donazioni fatte per contratto di matrimonio sotto condizioni potestative determinate o sotto il peso di pagare tutti i debiti del donante. Queste donazioni sono in principio delle donazioni tra vivi, irrevocabili, riducibili alla data del contratto di matrimonio. Nè sarebbe esatto di paragonarle in una maniera assoluta a delle donazioni a causa di morte. Esse non sono pienamente soggette alla volontà ambulatoria dell' uomo. Benchè il donante doni e ritenga, egli nulladimeno si lega sotto certi riguardi, e la liberalità non è rivocabile, che in una misura fissa e determinata dal contratto. Ma esse ne differiscono per il legame, che impedisce il donante di rivocarle per ogni altro mezzo, tranne quello, che si è riserbato. Per lo che il donante non può lederle con delle donazioni posteriori, e queste debbono essere preliminarmente ridotte per comporre la riserva, se vi è luogo (6).

2512. È forse lo stesso delle donazioni fatte nel contratto di matrimonio sotto la riserva da parte del donante della facoltà di disporre di

(1) Arg. dall' art. 36 dell' ordin. del 1731. Duranton, t. VIII, n. 751. Grenier, t. IV, n. 606. Coin-Delisle sull' art. 1090, n. 2.
(2) Furgole su quest' articolo.
(3) Stesso articolo. Furgole su quest' articolo.
(4) T. III, VI, 1, quest. 55.
(5) Sull' art. 36, t. V, p. 300.
(6) Coin-Delisle sull' art. 1089, n. 2.

un oggetto o di una somma? Due casi si presentano; il donante ha usato o non usato della facoltà, che si è riserbata.

Se il donante ha disposto dell' oggetto e del valore, di cui aveva conservato la disposizione, le nuova donazioni che così ha fatto, non saranno ridotte prima della donazione fatta per contratto di matrimonio. Quantunque posteriori di data, esse saranno messe in un grado preferibile allo donazione colpita dalla riserva, e la ragione di questa decisione si trae dalla volontà del disponente. Quest' ultimo si è riserbato il dritto di fare in certi limiti delle donazioni preferibili all'instituzione di erede o alla donazione dei beni presenti a futuri. Egli ha voluto in qua'sivoglia modo assicurare l'esecuzione di queste donazioni, e dare alla facoltà, che riteneva in detrimento del donatario, tutta la possibile efficacia.

Siffatta interpretazione della volontà del donante è particolarmente evidente, quando l'instituzione o la donazione fatte per contratto di matrimonio, sono universali. Se i beni riserbati dovessero essere zoggettati al pagamento delle legittime, la riserva sarebbe inutile, perchè i legittimari l' assorbirebbero, ed invano il donante avrebbe riserbata la facoltà di disporne(1); per lo che spetta all'instituito o al donatario universale di pagare le legittime, senzachè siano ammessibili a pretendere, che i figli discutano l'effetto particolare o la somma riserbato.

2513. Con più forte ragione dev' essere lo stesso di una donazione, che non è universale. Perchè allora la riserva di disporre ha qualche caso di più sfavorevole pel donatario; essa era meno necessaria, che in una donazione universale, perocchè poteva egli soddisfare le sue idee di liberalità su' beni messi fuori della donazione. Perchè il donante, che aveva un resto di patrimonio libero, ha stipulato la riserva per modo da fare ricadere la donazione posteriore sullo sposo gratificato? Egli è perchè ha inteso di restringere secondo certe eventualità l'estensione della donazione nuzièle. Egli è perchè ha voluto tenere il donatario in una certa dipendenza, ovvero lasciare un posto ad altre affezioni. E da tutto questo non risulta forse una manifesta preferenza in favore di colui, ch' è chiamato a profittare degli effetti riserbati?

Il sig. Dalloz, che non divide la nostra opinione, fa una obiezione tratta dall'art. 923(a). La legge, egli dice, vuole, che le disposizioni testamentarie siano ridotte prima delle donazioni, e che le donazioni siano ridotte, cominciando dall' ultima, e rizalendo alle più antiche. Ora si può invertire quest' ordine senza violare la legge (2)?

A questo rispondiamo, che l' art. 923 stabilisce una regola pel caso, in cui le liberalità sono state fatte successivamente, senzachè il disponente abbia espresso in qual ordine sarebbero ridotte. In questa ipotesi l' ordine stabilito dal legislatore dev'essere invariabilmente seguito. La prima donazione è pura e semplice; il donante, completamente spogliato, non ha avuto il diritto di fare una seconda donazione, che nuocesse alla prima, e che a questa fosse preferibile sotto il rapporto della riduzione.

Ma quando il donante ha nella prima donazione fatta una riserva ed imposto al donatario di rispettare una donazione ulteriore fatta in suo pregiudizio, la posizione è ben differente. Allora la volontà delle parti la domina, e l' art. 923 diviene inapplicabile. « Le convenienze vincono la legge », ed il donante può imporre al suo donatario la condizione, che meglio gli sembra (3).

La nostra soluzione è stata sanzionata dalla Corte di Cassazione (4), ed ecco in quali circostanze. Un Signor Desassis aveva nell' ammogliarsi donato a sua moglie una sopravvivenza di 16,000 franchi di capitale, e di 700 franchi vitalizî.

Ebbe due figli, nel 1809 maritò sua figlia, e le costituì una dote di 50,000 franchi.

Nel 1806 ammoglia suo figlio, e nel contratto di matrimonio lo istituisce suo erede con precapienza ed anteparte « del terzo di tutt'i « beni, do' quali morrà impossessato e rivestito, sotto la riserva di una somma di 15 mi« la franchi, per disporne in favore di chi me« glio crederà e con quell' atto, cha giudi« cherà convenevole ».

Nel 1827 muore, lasciando un testamento, nel quale lega a sua figlia la somma di 12 mila franchi su quello, di cui si era riserbata la disposizione col contratto di matrimonio di suo figlio.

Il figlio pretende essere caduco il legato fatto a sua sorella a' termini dell'art. 925 (b), come eccedente la quota disponibile; questa quota esser esaurita dalla sopravvivenza fatta dal defunto a sua moglie, e dalla donazione del terzo di tutti i suoi beni, vale a dire dalla totalità della quota disponibile fatta per precapienza al figlio col suo contratto di matrimonio sotto una riserva, che la detta sopravvivenza compensa ed oltrepassa.

Il tribunale di Aubusson con una Sentenza

(1) Furgole sull' art. 36, t. V, p. 298.

(a) Leggi civili art. 840. *Il trad.*

(2) V° *Disposiz. tra vivi e testam.* cap. 4, sez. 3, art. 2, c. 46.

(3) V. i signori, Grenier, t. IV, c. 609, e Coin Delisle sull' art. 1090. n.i 5 e 6, decidono la quistione come noi, quando l' instituzione o la donazione, gravata della riserva, è universale, e decidono il contrario quando non l' è.

(4) Arresto de' 7 luglio 1835 (Devill. 35, 1, 914).

(b) Leggi civili art. 842. *Il trad.*

Digitized by Google

del 1° di luglio 1831 si pronunzia a favore della figlia, ed ordina l'esecuzione del legato di 12,000 franchi, « considerando, che se il « sig. Desassis padre nel legare 12,000 fran« chi a sua figlia, non ha ecceduto la riserva, « che si era fatta nell' instituire suo figlio ere« de del te zo de' suoi beni, da un' altra parte « i vantaggi, che aveva precedentemente fatti « a sua moglie, non gli avevano tolto il dritto « di un nuovo peso su questa instituzioce, poi« chè gli era libero anche di nulla donare ».

Sull' appello la Corte di Limoges il 5 di maggio 1832 conferma, adottando su questo punto i motivi de' primi giudici.

Il ricorso non fu più felice dell' appello, e la Corte di cassazione l' ha rigettato il 7 di luglio 1835: « attesochè col contratto di matri« monio del signor Desassis figlio, suo padre « lo istituì erede per un terzo a titolo di pre« capienza; che nulladimeno il padre si riser« bò su questo terzo la somma di 15 m la fran« chi, che quindi si trovò distaccata dalla pre« capienza; che questa modificazione fu accet« tata dal signor Desassis figlio, e divenne una « parte essenziale del contratto; che il padre « dispose in seguito con un testamento olo« grafo della somma di 12,000 franchi a fa« vore di sua figlia, mercè un legato di questa « somma dipendente dalla riserva, che si era « fatta nel contratto di matrimonio di suo fi« glio; che nel dichiarare questo legato valido « e non soggetto a collazione secondo le di« verse circostanze, che concorrevano a fare « considerare questo legato come fatto per « precapienza, la corte di Limoges non è con« travvenuta a veruna legge. »

2514. Passiamo alla seconda parte della nostra difficoltà. Pietro fa una instituzione contrattuale o una donazione di beni presenti e futuri, riserbandosi la facoltà di disporre d'una cosa o d'una somma su' beni donati. Fa dopo delle liberalità, ma non già in virtù della riserva stipulata nel contratto di matrimonio, e muore senz' avere usato di questa riserva.

In qual ordine la riduzione colpirà, se vi è luogo, queste diverse disposizioni per formare lo legittima? Tutto dipende dalla idea, che uno si forma della donazione soggetta ad una riserva e della qualificazione del dritto del donatario, che raccoglie la cosa riserbata, quando il donante non ne ha disposto. Se, come vogliono taluni autori, questa donazione dev' essere assimilata ad una disposizione testamentaria (1). se bisogna considerarla come una donazione a causa di morte, essa dev' essere ridotta prima di ogni altra donazione, e la riduzione attaccherà dapprima gli oggetti riserbati, poi le donazioni fatte dopo del matrimonio, poi infine, se vi è luogo, il resto della donazione fatta nel contratto nuziale. Se per lo contrario si classifica tra le donazioni tra vivi, bisognerà seguire l' ordine delle date prescritto dall' art. 923 (2).

Noi crediamo in quanto a noi, che malgrado il miscuglio degli elementi, che l'avvicinano alla donazione testamentaria, la donazione nonpertanto ne differisce per de' punti, che debbono fare pendere la bilancia dalla parte della donazione tra vivi. Nella donazione testamentaria o legato il legatario non ha dritto, che dal giorno della morte; ed ecco perchè il suo dono deva cadere pel primo sotto il colpo della riduzione. Egli è meno favorevole del donatario, il cui dritto si fissa durante la vita del donante; ed è il caso di dire: *potior tempore, potior jure*. Ma qui il donatario ha un diritto, che risale al contratto di matrimonio, perocchè la morte del donatario senz' avere usato della riserva, purifica la donazione, e la fa considerare come pura e semplice *ab initio*.

Del resto questa soluzione è fortificata dalla volontà del donante. Egli si era riserbato il dritto di preferire qualcuno al donatario; ma non ha usato di questa facoltà; egli ha fatto delle liberalità posteriori, ma senza voler ledere il dritto dello sposo donatario, nè ha voluto rendere il nuovo donatario preferibile a quello, che aveva anteriormente gratificato (3).

CAPITOLO IX.

DELLE DONAZIONI TRA CONIUGI SIA PER CONTRATTO DI MATRIMONIO, SIA PENDENTE IL MATRIMONIO.

SOMMARIO

(1) Duranton, t. VIII, n. 358.
(2) L' annotatore del sig. Grenier, t. IV, p. 232; n. 6..., nota a.
(3) Coin-Delisle, sull' art. 1090, n. 7, Zachariae, § 685. *bis* nota 7, t. V, p. 171.

COMENTARIO

2515 Bisogno dividere in due classi le donazioni tra coniugi, cioè quelle, che si fanno per contratto di matrimonio, vale a dire prima del matrimonio, e quelle, che si fanno pendente il matrimonio. Non era necessario che la legge facesse nel capitolo precedente una simile classificazione. Se il capitolo, che precede, non si occupa, che delle donazioni per contratto di matrimonio, fatte a'coniugi da'terzi, è perchè non è permesso di fare de' patti nuziali dopo del matrimonio. Quando dopo la celebrazione una liberalità è fatta ad uno dei coniugi, non è più considerata come avente per causa finale il matrimonio. Rientra nella categoria delle donazioni ordinarie, nè può più pretendere a'favori eccezionali delle donazioni nuziali.

Ma nella materia, che va ad occuparci, la cosa è diversa. Le donazioni per contratto di matrimonio di un coniuge all'altro non sono le sole, che la legge mette al di fuori del dritto comune. Essa si preoccupa in un alto grado delle donazioni tra coniugi durante il matrimonio; donazioni, che delle gravi ragioni hanno fatto mettere in una classe a parte, e che in certe epoche non hanno avuto neppure l'assentimento del legislatore.

2516. Non entreremo qui in verun dettaglio sulle donazioni, che i Romani autorizzavano tra coniugi sia col contratto nuziale, sia pendente il matrimonio. La prefazione del nostro comentario del contratto di matrimonio contiene tutto quello, che è necessario di dirne per l'utilità del dritto moderno, e vi si ricorrerà per vedere la differenza degli *sponsalitia*, delle donazioni *propter nuptias*, e delle donazioni *inter virum et uxorem*.

Non parleremo di vantaggio dell' antefato, della sopravvivenza, della quarta del coniuge povero, ed altri lucri legali, che nei paesi consuetudinari o nei paesi di dritto scritto, erano la conseguenza del contratto di matrimonio. La nostra prefazione del contratto di matrimonio ci vieta di estenderci su delle spiegazioni, che non sarebbero altro, che una ripetizione.

Non diciamo, che una cosa, ed è che a nostro avviso il codice Napoleone ha fatto saggiamente di non ammettere tra i lucri di sopravvivenza, se non quelli, che sono stipulati per la espressa volontà degli sposi. La legge non deve interporre una regola invariabile nei rapporti, che un' affezione tutta spontanea deve regolare (1).

2517. Passando successivamente a rassegna gli articoli di questo capitolo, vedremo, che i coniugi possono farsi tra loro per contratto di matrimonio le medesime liberalità, che degli estranei potrebbero loro fare; dippiù, che la legge ha preso cura di fissare una quota disponibile di coniuge a coniuge; da ultimo vedremo le regole della donazione *inter virum et uxorem*.

ARTICOLO 1091 — (1046)

Gli sposi potranno farsi per contratto di matrimonio reciprocamente, o l'uno de' due all'altro quelle donazioni, che giudicheranno a proposito sotto le modificazioni qui appresso espresse.

SOMMARIO

2518. Libertà, della quale godono gli sposi, di farsi delle donazioni per contratto di matrimonio. Il dritto romano voleva l' eguaglianza o la reciprocanza.
2519. Del dritto consuetudinario. Della conservazione de' beni nella famiglia.
2520. Continuazione. La libertà prevale, o diviene il dritto comune; giudizioso consiglio di Coquille.
2521. Sistema del codice. Motivi.
2522. La reciprocanza non distrugge il carattere della liberalità.
2523. Conseguenza. Riduzione per formare la legittima.
2524. Tuttavia una donazione è nulla, s' è stata fraudolentemente determinata dalla speranza illusoria di una donazione reciproca.
2525. Condizioni, che le donazioni tra' futuri coniugi ammettono. Della rivocazione per sopravvenienza di figli. Dell' azione rivocatoria de' creditori defraudati.
2526. Influenza della fallita del marito su' lucri della moglie.

COMENTARIO

2518. Il nostro articolo consacra pei futuri coniugi una libertà tanto larga per quanto è possibile nello scopo di favorire il matrimonio. Questa libertà troverà bentosto indubitatamente talune restrizioni comandate dalla prudenza. Ma tale, qual è, basta per rispondere ai senti-

(1) Prefazione del nostro comentario del *Contratto di matrimonio*, p. cxi.

menti di affezione, che ravvicinano i contraenti e per assicurare la sorte di colui, che sopravviverò.

Però non è stato sempre così.

A Roma i coniugi non avevano una intiera libertà, che relativamente ai doni tra i fidanzati (*sponsalitia*). In quanto alla donazione *propter nuptias*, siccome non era, che una garentia ed una controposizione della dote, o in altri termini una specie di dote data alla moglie dal marito, bisognava, che fosse uguale alla dote, e se la dote era aumentata durante il matrimonio, la donazione *propter nuptias* doveva essere aumentata in proporzione, a fine di conservarvi una perfetta ngunglianza. Se era convenuto col contratto di matrimonio, che il marito guadagnerebbe una parte della dote, la moglie dal suo lato doveva guadagnare una parte uguale della donazione *propter nuptias*, perocchè il vantaggio doveva essere uguale da una parte e dall' altra. Se il marito era obbligato a restituire tutta la dote in caso di sopravvivenza, reciprocamente la moglie non poteva profittare della donazione a causa di nozze. In una parola l'uguaglianza era così necessaria tra la dote data al marito e la donazione *propter nuptias*, fatta alla moglie, che non era permesso alle parti d' infrangerla con delle convenzioni contrarie (1). Quantunque Cuiacio abbia trovato, che questo sistema aveva una plausibile spiegazione nelle captazioni di cui i futuri sono suscettibili (2), l'imperatore Leone il filosofo ne proannunziò l' abrogazione (3).

2519. Per diverse considerazioni e sotto di un altro aspetto il diritto consuetudinario aveva in certe località limitata la facoltà dei futuri coniugi di farsi delle liberalità. In queste provincie, come la Torena, il paese di Blois, la Brettogna, si teneva con una grande energia a che i beni patrimoniali non andassero a perdersi nelle famiglie straniere. Era per essi un principio di ordine sociale. Ora se questi beni avessero potuto essere donati liberamente al coniuge, sarebbero usciti dalla famiglia nel caso, in cui non fossero nati figli dal matrimonio. Epperò il favore del matrimonio non potè prevalere del tutto contro questo pericolo, e si mantenne contra la libertà. della quale reclamava il privilegio, una regola essenziale, cioè la conservazione dei propri nella famiglia. « Per l' antica consuetudine del Baliaggio di « Blois, dice l'art. 160 di questa consuetudine, « era permesso e facoltativo dei futuri coniugi « prima del loro matrimonio consumato fare « donazione l' uno all' altro di tutti i loro beni « così mobili, acquisti che patrimoniali : la « quale consuetudine è sembrata di essere ir« ragionevole, e per suo mezzo essere rimaste « distrutte molte buone case; per questa causa « gli assistenti sono stati di parere, che doves« se essere riformata in quanto concerne sol« tanto i borghesi, perocchè i nobili hanno di« chiarato di voler vivere secondo la detta con« suetudine antica. Per tal motivo col consenso « della gente di chiesa ed altri del terzo stato « è stato redotto l' articolo che segue : »

« Gli uomini e le donne borghesi, che vo« gliono e si possono maritare insieme, in fa« vore del matrimonio, primachè questo sia « consumato, possono donare l' uno all' altro « tutti e ciascuno dei loro beni mobili o acqui« sti immobili, e la metà dei loro fondi patri« moniali a vita o per sempre. Ma vale ed è ef« ficace una tale donazione, purchè il matri« monio si consumi, e si compia, e sarà il so« pravvivente impossessato. Nulladimeno se « dopo la morte del trapassato, non vi fossero « figli del detto matrimonio, nati da loro o i « figli morissero senza figli, in questo caso il « fondo così donato ritornerò al donante o ai « suoi più prossimi eredi del lato, dal quale il « detto fondo provveniva (4) ».

Epperò secondo questa consuetudine i beni patrimoniali non possono essere donati, che per una metà, ed anche se non vi sono figli, il fondo ritorna alla famiglia; i mobili e gli acquisti sono i soli disponibili per intiero, sia perchè la conservazione ne è meno preziosa, sia perchè non hanno un' origine, che li lega alla famiglia.

Abbiamo riportato questo testo per intiero, perchè dimostra meglio di ogni altro lo spirito della consuetudine ed il motivo delle restrizioni fatte alla libertà dei futuri coniugi. La consuetudine di Brettagna era entrata in questo sistema ristrettivo, ma con qualche diversità, perciocchè permetteva di donare in piena proprietà il terzo dei beni patrimoniali, quale si fosse la sorte del matrimonio, ed anche quando non procreasse figli. Allora questo terzo di beni patrimoniali passava agli eredi, quali si fossero, del donatario (5). La donazione poteva abbracciare la totalità dei beni patrimoniali, se vi erano figli del matrimonio (6).

La più severa delle consuetudini era quella della Torena, la quale decideva, (7) che « le

(1) Giustiniano, Novel. 99, cap. 1. Cujacio su questa Nov. L. 10. C., *De pactis convent.* Argou, lib. 3, cap. x, t. II. p. 113 e 114.

(2) *Et merito nec aliter constitui, sine summa captione, potest.* (*Loc. cit.*).

(3) Novelle 20.

(4) Art. 161.

(5) Art. 220, antica consuetudine. D' Argentré su quest' articolo, gloss. 8, n. 1 : « *Potest igitur donatio « alteri ob altero de sponsis fieri, de tertia patrimo« nii, sic ut ad haeredes transeat donatio, et quomodo « loqui solent, pro se et haeredibus quibuscumque.* » Art. 203 della Novella.

(6) Art. 207, consuet. nuova.

(7) Art. 236, consuet. nuova.

Digitized by Google

« donazioni in favore del matrimonio da uno « dei futuri coniugi all' altro sarebbero valide « sino alla concorrenza di tutti i mobili a per- « petuità e della metà degli acquisti a vita ». Di sorteché in questa consuetudine la proibizione era assoluta pei proprj; essa raffrenava pure la libertà di disporre degli acquisti, poichè permetteva di donare la sola metà di queste specie di beni e solamente in usufrutto.

Si scorge, che la consuetudine della Torena obbediscc a due molle. Dapprima vuol mantenere la fortuna patrimoniale nella famiglia; dippiù teme in quanto concerne gli acquisti, che i futuri coniugi non si spoglino troppo facilmente in un momento, in cui la passione può parlare più forte della saggezza.

2520. La quistione non era stata veduta in tal modo dalle consuetudini d' Orleans (1) Montargis (2) Nivernese (3), le quali davano ogni latitudine alla volontà dei futuri coniugi, e consacravano un sistema di libertà differentissimo da quello, che abbiamo veduto. Esse formavano il dritto comune (4).

Intanto Coquille (5) voleva, che non si abusasse di questa facilità, ed i suoi consigli sono così giudiziosi, che credo utile di qui ricordarli:

« Comunemente si crede secondo questo ar- « ticolo che tutte le donazioni per contratto di « matrimonio, anche dei maritati l' uno verso « l' altro, siano valide ; ma credo, che non si « debba dire indistintamente. La legge romana « vuole, che tali donazioni siano giudicate buo- « ne o no secondo le circostanze, e come la det- « ta legge dice *ex causa* (l *Si ita stipul.*, 97 « § *Si tibi nupsero*, D. *De verb. oblig*). Così se « una vecchia fuori di età di fare figli sposasse « un giovane, in quanto a me non potrei cre- « dere, che questo fosse un vero matrimonio, « dapoichè i beni del matrimonio non vi sono, « o per lo meno è difficile, che vi siano. La « speranza della linea non vi è; a male appena « vi è l' amicizia da parte del giovane, e sarà « avventura, se egli si asterrà di andare a cer- « care i suoi piaceri altrove, perchè facilmente « o ben presto sarà stanco della vecchia. Le « leggi romane Papia e Giulia vietavano i « matrimoni di una donna di cinquanta anni « con un uomo meno giovane di sessanta « anni, e benchè si riputasse tale congiungi- « mento di una vecchia ad un giovane es- « sere matrimonio, pure la causa di donare « da detta vecchia al giovine non è onesta, « perchè è un comprarsi da essa a prezzo di « argento il suo folle piacere, che tanto più è « disdicevole... Per lo che stimo tali donazio- « ni essere nulle come disoneste, e tanto più « disoneste, perchè vi si fa servire di pretesto « il matrimonio, che per se è santissimo ed o- « nestissimo, ed in questo vorrei servirmi di « quello, che è detto nel cennato § *Si tibi nu-* « *psero*, che dice tali donazioni in favore del « matrimonio dover essere giudicate *ex causa* « e farlo servire anche di argomento per giudi- « care le donazioni, che i due maritati si fan- « no nel trattato di matrimonio, e su questa « considerazione, secondo il mio avviso, sono « fondati gli arresti dati dalla corte, che ripro- « vano le donazioni e lucri, che i futuri mari- « tati si fanno l' uno all' altro clandestinamente « fuori del contratto di matrimonio, anche « quando il contratto è stato consentito solen- « nemente coi parenti, e che questi futuri ma- « ritati sono giovani persone, alle quali l'amo- « re comanda più della ragione ».

Queste osservazioni sono eccellenti, ma il giudice non è sempre padrone di farne un applicazione richiesta dalle circostanze. Ed in effetti s' incontrano dei casi, nei quali è imprudente di permettere a degli eredi di alzare il velo, che nasconde certe debolezze. Ed è più utile di tollerare un matrimonio senza convenienza, che di spingere a dei disordini senza scusa. Ferriere cita un arresto del parlamento di Parigi di agosto 1614, che convalidò una donazione di tutti i beni fatta al sopravvivento da due futuri sposi, l' uno di 40 anni, l' altro di 80. La donna che aveva questa grande età, si maritava per la quinta volta (6). Non si può citar nulla di più forte. Nonpertanto vorrei meglio conoscere i fatti di questa specie singolare.

2521. Checchè ne sia, il codice Napoleone ha ragionevolmente preferito alle consuetudini ristrettive quelle, che favorivano la libertà degli sposi. Esso non esige nè la reciprocanza degli utili, nè la conservazione dei beni patrimoniali nelle famiglie.

Suppone, che gli sposi riceveranno dei saggi consigli dalla loro famiglia, e che capaci della più solenne e della più grave unione, apporteranno nei loro patti matrimoniali la maturità del giudizio necessario. Il matrimonio in generale è un atto così saggio, che fa supporre la saviezza nelle convenzioni, che lo preparano. Si può citare senza dubbio degli atti d'irriflessione, ma questi sono delle eccezioni, e confermano la regola.

Questa libertà essendo dunque assicurata ai futuri, possono usarne, variando secondo il loro interesse le clausole del loro contratto. Spessissimo gli sposi si fanno delle donazioni reciproche, perciocchè il benefizio richiama il benefizio, sopratutto tra persone, che vogliono unire i loro destini.

(1) Art. 102.
(2) T. VIII, art. 8.
(3) *Delle donazioni*, art. 12.
(4) Ferriere sopra Parigi, art. 282, glossa 1, n. 15.
(5) Sul Nivernese, *loc. cit.*
(6) Ferriere su Parigi, art. 282, glossa 1, n. 7.

Digitized by Google

2522. Queste donazioni reciproche sono del le vere donazioni, ed affatto delle specie di permuta o di atti a titolo oneroso. Si stupisce, che questo punto abbia incontrato delle difficoltà, e che la dottrina degli antichi autori, prima della ordinanza del 1731, abbia avuto una tendenza a vedere in esse il carattere del contratto *do ut des*. Tiraquello (1) stabilisce, una donazione reciproca essere a titolo oneroso, e non dovervi aver luogo la rivocazione per sopravvenienza di figli. Dumoulin sull'art. 169 della consuetudine di Blois, che disponeva : « Nella « donazione fatta tra vivi donare e ritenere non « vale », mette in nota: *nisi mutua, quae proprie donatio non est*. Ricard decide egualmente, che la reciprocanza degli utili toglie loro il carattere di gratuità, e che per conseguenza non sono soggette a riduzione per completare la legittima (2). Infine un arresto del parlamento di Parigi dei 28 di aprile 1640 aveva giudicato, che la legge *Si unquam* non doveva fare cadere delle donazioni reciproche, perchè esse non avevano una causa puramente lucrativa (3). Ma questa giurisprudenza fu cambiata dalla ordinanza sulle donazioni, il cui art. 39 sottopone alla rivocazione per sopravvenienza di figli le donazioni, ancorchè fossero reciproche. Egli è vero, che Furgole (4) dice, che sebbene le donazioni reciproche, non siano eccettuate dalla rivocazione, esse sono nulladimeno considerate in qualche modo come un contratto oneroso. Ma Pothier(5)dopo di avere presentato la ragione di dubitare,ricavata da che ciascuno dei coniugi mercè questo contratto riceve dall'altro l'equivalente di quello, che gli deve,conchiude in questi termini: « Si deve decidere, « cha la donazione reciproca tra marito e mo- « glie conchiude delle vere donazioni scam- « bievoli e reciproche, che ciascuno dei con- « iugi fa all' altro in caso di sopravvivenza. « Queste donazioni non sono per verità nè « così pure nè così perfette come una donazio- « ne pura e semplice; ma non cessano di essere « delle vere donazioni (6) ». Ed in effetto è contrario a tutte le nozioni del vero di vedere un atto di commercio ed una specie di speculazione nei segni di mutua affezione, nelle convenzioni, che hanno l' impronta del suggello dell' amicizia e della previdenza dell' avvenire. Non bisogna ribassare ad un calcolo d' interessi, simile ad una permuta o ad una vendita, dei patti, il cui carattere è per se meritorio ed onorevole.

2523. Sorge di là una conseguenza importante, ed è, che i lucri, che i coniugi si assicurano reciprocamente col loro contratto, sono riducibili secondo la misura della quota disponibile. La legge, che rispetta i contratti a titolo oneroso, e li rende preferibili alla causa dei figli, non ha tali riguardi per queste donazioni, che malgrado la reciprocanza, hanno un vero carattere di liberalità (7).

2524. Del resto una donazione fatta in un contratto di matrimonio dai futuri sposi potrebbe essere cassata, se uno degli sposi avesse determinato l'altro a fargli dei lucri in considerazione di una liberalità reciproca in apparenza, ma in realtà immaginaria, e fondata sopra speranze chimeriche e dolose (8). Certo questa non è una permuta, che i futuri hanno voluto fare, ma le convenienze hanno potuto determinare il donante vero a mostrarsi generoso verso il donante fraudolento, di cui voleva gratificare i sentimenti apparenti. D'altronde non bisogna, che la frode profitti al suo autore.

2525. Del resto la donazione per contratto di matrimonio da futuro a futuro è suscettibile di tutte le condizioni. Vi si ammettono le eccezioni al dritto comune, che la legge tollera nelle donazioni fatte a' futuri sposi da' terzi (9), ed ha inoltre un privilegio dippiù, quello di non essere rivocabile per sopravvenienza di figli (10).

Non si bada se l' uno de' futuri ha molti beni, e se l'altro ne ha pochi o affatto; se l'uno dona molto e l'altro nulla (11). Lo scopo è il matrimonio, cosa sacra, che legittima quello, che altrove lederebbe i veri principî.

Nulladimeno il contratto di matrimonio non deve prestarsi nelle mani di un cattivo debitore a spogliare i suoi creditori del pegno, che deve assicurare la loro soddisfazione. Epperò costoro possono attaccarlo, quando è fatto in frode de' loro dritti, benchè il futuro donatario fosse stato di buona fede (12). Questa regola è

(1) Coment. in L. *Si unquam*. C. *De revocandis donat*. (L. 8, C. lib. 8, tit. 56), sulle parole *donatione largitus*.
(2) *Donaz. recipr.*, cap. 1, ni 5, 6, 7.
(3) Soefve, t. 1, cent. 4, cap. 55.
(4) Su quest' art. 39.
(5) *Donazioni tra marito a moglie*, n. 129.
(6) *Aggiungi* Ferrière sopra Parigi, art.280, glos.2, n. 1. Cassaz., 21 floreale an. X. (Devill. 1, 1, p. 640. *Palazzo*, t. II, p.574.) Merlin, Quist. di dritto, v° *Legittima*, § 4.
(7) Toloss, 21 dic. 1821 (Devill.6, 2, 507; *Palazzo*, t. XVI, p. 1036).
S' invoca ordinariamente nel medesimo senso un arresto della Corte di cassaz. de' 24 maggio 1808 (Devill. 2, 1, 533. *Palazzo*, t. VI, p. 702) e della Corte di Bruxelles de' 21 luglio 1810 (Devill., 3, 2, 310; *Palazzo*, t. VIII, p. 476). Ma nelle specie di questi arresti le parti avevano esse stesse ordinato col loro contratto di matrimonio la riduzione alla quota disponibile, in caso di esistenza di figli, de' lucri, che reciprocamente erano fatti.
(8) Bacquet, *Dritti di giustiz.*, cap. 21, n. 327, Ferrière, sopra Parigi, art. 272, gloss. 1. n. 17.
(9) Art. 1095, *infra*, n. 2538.
(10) Art. 1096, *infra*, n. 2676. Furgole, *Quist. sulle donaz.*, p. 49, ni 4 e 5. Art. 39 dell'ordin. del 1731.
(11) Ferrière *loc. cit.*, n. 8.
(12) V. il mio comment. del *Contratto di matrimonio*, t. I, n. 131.

Digitized by Google

così ragionevole e giusta, che si applica a' lucri di sopravvivenza, malgrado la loro incertezza, quando il donante ha preveduto, che la donazione non potrebb'eseguirsi, che in detrimento de'suoi creditori. Se non che i creditori agiranno soltanto dopo la morte del loro debitore, e se lo sposo donatorio sopravvive, perchè sin allora non risentono alcun pregiudizio (1).

2526. La libertà, di cui godono le parti, di farsi nel loro contratto di matrimonio tutte le liberalità, che giodicano a proposito, riceve una importante restrizione, allorchè il marito è commerciante nell'epoca della celebrazione del matrimonio, ovvero che non avendo allora altra professione determinata, diviene commerciante nell'anno, che siegue questa celebrazione, e che in segoito viene dichiarato fallito. Ed in effetti in questa ipotesi a'termini dell'articolo 564 del codice di commercio (a), la moglie non può esercitare nella fallita verun'azione pe' lucri stipulati nel contratto di matrimonio, ed i creditori uon possono dal canto loro prevalersi de' vantaggi fatti dalla moglie al marito in questo stesso contratto.

Articolo 1092 — (1047)

Ogni donazione tra vivi de' beni presenti, fatta tra coniugi per contratto di matrimonio, non sarà riputata fatta sotto la condizione di sopravvivenza del donatario, se questa condizione non è formalmente espressa; ed essa sarà sottoposta a tutte le regole e le forme più sopra prescritte per questa specie di donazioni (b).

SOMMARIO

2527. Della donaziona de'beni presenti tra'futuri sposj.
2528. Essa noo è rivocabile per sopravvivenza di figli.
2529. Non resta risolnta per la premorienza dal daoatario. La condiziooe di sopravvivenza vi può essera aggiuota.
2530. Talvolta questa coodiziooe s' induce dalle circostanze.
2531. La eondizione di sopravvivenza è sospensiva o risolutoria.
2532. La coodizione sospeosiva di sopravvivenza non fa della dooazinoa tra vivi di beni presenti una disposiziooe a eausa di morte.
2533. Conseguenza. Retroattività della eoodizione adempita.
2534. Della necessità della trascrizione.
2535. Della maocanza di traserizione relativamenta alla moglia e della sua azione ipoteearia.
2536. La eoodizione di sopravvivaoza è riputata adempita, quando il donatario è ucciso dal danante.

COMMENTARIO

2527. La donazione de' beoi presenti, fatta tra futuri coniugi per contratto di matrimonio, è soggetta a tutte le regole, che governano questo genere di donazioni del pari che la donazione de' beni presenti, fatta agli sposi dai terzi. Di tutte queste regole una delle più essenziali è la irrivocabilità. Il matrimonio, in considerazione del qual'è fatta, essendo indissolubile, la donazione, tra'futuri sposi, che lo prepara, non deve dipendere dalla volontà ambulatoria del donante. Tutto quello, ch'è convenuto ne' contratti di matrimonio, vale irrevocabilmente (2).

2528. L'irrevocabilità vi ba pure questa conseguenza, che la donazione tra'futuri non è rivocabile per sopravvenienza di figli, come abbiamo veduto nell'artic. 960 del codice Napoleone (c).

2529. Un altro corollario dell'irrevocabilità di simile donazione è, che non è rivocata dalla premorienza del donatario; il nostro articolo così decide, e con ciò fa cessare antiche controversie; gli uni volevano, che le donazioni anche de' beni presenti tra' futuri sposi fossero riputate fatte sotto una tacita condizione di sopravvivenza, perchè si considera la sola persona del donatario (3); altri per lo contrario pensavano, che questa condizione doveva essere espressa, altrimenti la condizione era pura e semplice (4). Il nostro legislatore ha preferito

(1) Parigi, 11 luglio 1829 (Devill., 9, 2, 299; Dalloz. 30, 2, 180; *Palazzo*, t. XXII, p. 1231). Rigetto 2 gennaio 1843 (Devill., 43, 1, 114; Dalloz, 43, 1, 1; *Palazzo*, 43, 1, 312). Pothier, *Donaz. tra marito e moglie*, o. 130. Nuovo Deoizart, v° *Donaz. reciproca*, § 1. Toullier, t. V, n. 306. Championnier e Rigaud, *Dritto di reg.*, t. III, n. 2254.

(a) Leggi di eccezione per gli affari di Commercio, art. 541, 543 a 544. *Il traduttore*.

(b) Uoiforme a quest'articolo è l' ar. 1047 dalle Leggi civili. *Il trad.*

(2) Leggi Ripuarie, t. XXXVII. Furgole, q. 49, sulle *Donazioni*.

(c) Leggi civili art.885. *Il trad.*

(3) Majoard, lib 4, cap.56, n. 14; Expilly, cap.178; Bèchel, *Dritto di riversione*, cap. 15; Belordeau, *Osservazioni forensi*, lib. 3, cap. 5, art.1; Furgole, sulle *Donazioni*, quist. 49.

(4) Dumoulin, *De donat. in contr. matr. fac.*, n' 13 e 14. Socfve, l. I, ceot 3, cap. 40. Ricard, part. 3, n' 819 e seg. Nimes, 17 pratile anno XII (Devill , 1, 2, 199 ; *Palazzo*, t. IV, p. 36).

il secondo sistema; non presume, che la donazione fatta dal futuro al futuro sia una semplice sopravvivenza, ma la considera con ragione come un atto irrevocabile, che non deve perdere una delle sue virtù per essere inserita in un contratto di matrimonio.

Non avviene diversamente, se non quando la volontà di subordinare la donazione alla sopravvivenza del donatario è chiara e positiva.

Nulladimeno la legge non impone a tal riguardo de' termini sacramentali, e basta, che la volontà risulti manifestamente dalla convenzione.

Il tribunale di cassazione (1) aveva pure pensato, che la condizione di sopravvivenza doveva dedursi dalla circostanza di essere le donazioni reciproche tra gli sposi, ancorchè fossero ineguali. Ed il suo motivo si era, che « se le donazioni tra'coniugi non fossero riputate fatte sotto la condizione di sopravvivenza, ne seguirebbe un'assoluta permuta di proprietà, di talchè i beni del marito passerebbero di dritto agli eredi della moglie, e quelli della moglie agli eredi del marito. Quando vi è reciprocanza è evidente, che la intenzione delle parti è stata, che quello degli sposi, che sopravviverebbe, resterebbe solo proprietario tanto del suo patrimonio, che del patrimonio del premorto ».

Epperò proponeva di aggiungere al progetto dell'articolo un emendamento, concepito come appresso:

« È diversamente, se vi è donazione reciproca tra gli sposi, quando pure fosse ineguale; in questo caso il solo sopravvivente profitta del dono »

Il nostro articolo non ha fatto passare nella legge quest'emendamento. Per lo che è difficile di ammettere, che la reciprocanza basti da se sola per sottintendere nella donazione la condizione di sopravvivenza. Ma quando altre circostanze vengono in ajuto, essa deve avere del peso agli occhi de' magistrati.

2530. Del resto vi sono de' casi, ne'quali la donazione porta virtualmente ed in se stessa la pruova della condizione di sopravvivenza. Tale sarebbe la donazione fatta dal futuro alla sua futura di un dritto di abitazione (2), di una rendita per alimenti, ecc., ecc. Si rientrerebbe qui nella classe de' lucri di sopravvivenza.

2531. Quando la condizione di sopravvivenza è stipulata, essa può colpire la donazione in due differenti maniere secondochè viene imposta come condizione sospensiva o come condizione risolutiva. Il carattere della condizione dipende dalla volontà delle parti, e dev'essere giudicata per mezzo dell' interpretazione della loro intenzione. È raro, che la condizione di sopravvivenza non sospenda la donazione. Per esempio il futuro dona a sua moglie 10,000 franchi per abiti e gioielli, se gli sopravvive. Questa disposizione è sospesa sin all'avveramento della condizione. È lo stesso del caso, in cui la futura dona a suo marito i beni, che porta in dote, se quest'ultimo gli sopravvive. Si potrebbe moltiplicare gli esempi, e si perverrebbe alla medesima conseguenza.

Nulladimeno non è impossibile, che il donante nel donare attualmente, si riserbi un diritto di riversione in caso di premorienza del donatario; allora non è più una condizione sospensiva, che grava la donazione, ma una condizione risolutiva.

Quando la condizione è sospensiva, il donante conserva la proprietà sino alla sua morte. Quando è risolutoria, il donante rientra in questa proprietà dopo la morte del donatario. Nel primo caso spetta agli aventi causa dal donatario a provare, essere costui sopravvivuto, perchè il dubbio s' interpreta contra di loro. Nel secondo caso spetta agli aventi causa dal donante a provare la premorienza del donatario, e se non vi riescono, i beni passano agli eredi del donatario. La pruova è ordinariamente difficile, quando le due parti sono morte nello stesso avvenimento. Si sa, che non si applicano qui le presunzioni legali di sopravvivenza, enunciate negli articoli 720 e seguenti del codice Napoleone (a) pel caso affatto differente dalla successione *ab intestato* (3).

2532. La liberalità sospesa sino a che il donatario sopravvive, non è meno una donazione tra vivi di beni presenti. La condizione di sopravvivenza, come ogni altra, ha un effetto retroattivo, quando è adempita, e fa considerare il donante come spogliato, ed il donatario come investito del dritto dal giorno del contratto. Epperò la donazione ha un effetto attuale e presente (4). Questo è importante da osservarsi. Da che le donazioni dei beni futuri non si eseguono, che in caso di sopravvivenza del beneficato al disponente, si è astretto a conchiudere, che una donazione di beni presenti sotto condizione sospensiva di sopravvivenza, partecipa della natura delle donazioni a causa di morte (5), e che è una donazione eventuale come questa; però è una confusione facile a dissiparsi. Nella donazione dei beni presenti la sopravvivenza del donatario è aggiunta come una condizione accidentale. Nella donazione dei beni futuri, la sopravvivenza di colui, che raccoglie, è essenziale all' apertura del suo dritto, che è un vero dritto di successione (6).

(1) Fenet, t. II, p. 711.
(2) Metz, 22 maggio 1817 (Devill., 5, 2, 281 *Palazzo*, t. XIV, p. 241).
(a) Leggi civili art. 641. *Il trad.*
(3) V. *sopra*, n. 2124.
(4) Lione, 13 luglio 1831 (Devill., 32, 2, 173).
(5) Argom. da quello, che dice Furgole, quist. 49, n. 33.
(6) Ricard, delle *Donazioni*, 1ª parte, n.i 1045, e 1046.

2533. Questa distinzione è feconda di conseguenze. La condizione di sopravvivenza in uno donazione di beni presenti, non appena è realizzata, retroagisce, e fa considerare il donatario come proprietario dal giorno del contratto. Per certo il donatario non è ancora proprietario; ma può sperare, che lo diverrà, e può fare degli atti conservatori del suo dritto. Per lo che la corte di Metz (1) ha benissimo deciso, che un dritto di abitazione donato su di una casa sotto condizione di sopravvivenza da un futuro alla sua futura nel loro contratto di matrimonio, vieta, che il marito venda, o che i creditori pegnorino la casa, tranne che sotto la riserva del dritto di abitazione.

Vi è dippiù; realizzandosi la condizione, lo sposo donatario potrà rivendicare dalle mani dei terzi gl' immobili donati, che il donante avrà alienati.

2534. Ma rimarchiamo qui, onde tale rivindica riesca, bisogna, che la donazione sia stata trascritta prima della nuova alienazione.

Sotto l' impero dell' art. 20 dell' ordinanza del 1731 e delle lettere patenti dei 13 di luglio 1769 le sole donazioni dei beni presenti e non le instituzioni contrattuali o donazioni di beni futuri erano assoggettate all' insinuazione per essere valide per rispetto ai terzi (2). Le donazioni dei beni presenti tra futuri sposi dovevano egualmente essere insinuate (3), anche quando contenessero condizione di sopravvivenza (4). Quello, che ha gettato della oscurità su questa proposizione, è, che l'aumento, l'antefato, i lucri nuziali stipulati con contratto di matrimonio in conformità dell' uso erano affrancati dalla necessità dell' insinuazione. Ma rammentiamoci, che questi lucri di sopravvivenza erano, non già delle pure liberalità, ma in qualche modo l' esecuzione di un debito naturale di alimenti fra sposi.

Sotto del codice Napoleone la trascrizione, che ha rimpiazzato l'insinuazione, è necessaria non solamente per le donazioni pure e semplici d' immobili tra futuri sposi, il che non è da contestarsi (5), ma ancora per le donazioni di immobili presenti sotto condizione di sopravvivenza (6).

2535. Ma la posizione dei due sposi non è uguale in quanto concerne l' adempimento di questo formalità. Il marito ha ogni potere per fare trascrivere in tempo utile la donazione, che gli è fatta dalla sua futura. Per lo contrario questa può non essere in istato di mettersi in regola, perciocchè il matrimonio, che per l' ordinario siegue d'assai da presso il contratto, la soggetta alla podestà maritale, e se il marito donante non fa trascrivere, essa soffre di uno negligenza, che non è la sua. Il perchè Argou insegnava, che bisognava accordare alla moglie quattro mesi dopo la dissoluzione del matrimonio per la premorienza del marito, onde fare insinuare la sua donazione (7). Oggi non è possibile di ommettere questo temperamento, ma resta la risorso dell' ipoteca legale alla moglie lesa per la mancanza di trascrizione.

Noi abbiamo supposto una donazione d' immobili, dapoichè oggi la trascrizione è unicamente prescritta pei beni suscettibili d'ipoteca.

2536. Quando la condizione di sopravvivenza del donatario è inserita in un contratto di matrimonio, questa condizione è riputata adempita conformemente all' art. 1178 del codice Napoleone (a), quando il donante ne ha impedito l' adempimento; la giurisprudenza offre dei tristi esempi di questo caso, e gli arresti hanno sempre deciso, che il misfatto del donante, che pone fine alla vita dello sposo donatario, non può giovargli, sì che il lucro di sopravvivenza è stato dichiarato acquistato dagli eredi dello sposo, prematuramente premorto (8).

Articolo 1093 — (1048)

La donazione de' beni futuri o de' beni presenti e futuri, fatta tra sposi per contratto di matrimonio, sia semplice, sia reciproca, sarà sottoposta alle regole stabilite nel capitolo precedente relativamente alle donazioni simili, che saranno loro fatte da un terzo, salvochè essa non sarà trasmessibile a' figli nati dal matrimonio in caso di morte dello sposo donatario prima dello sposo donante (b).

(1) Arresto de' 22 maggio 1817 di già citato.
(2) Lebrun, *delle Successioni*, lib. 3, cap. 2, n. 16. Furgole sugli art. 20, 21 dell' ordinanza del 1731. Rig. 25 ventoso, anno XI (Dalloz, VI, p. 233. *Palazzo*, 3, p. 200). Rig. 8 vendem. anno XIV (Dall., VI. p. 233. *Palazzo*, t. V, p. 2).
(3) Louët, lettera D, somm. 55 e lettera I, somm. 1, n. 3. Argou, t. II, p. 164.
(4) Furgole sull' art. 21 dell' ordinanza del 1731, su queste parole: « ne' paesi, ove sono in uso ». De Castellan, lib. 5, cap. 9. Bergier su Ricard, t. I, p. 285 e 286, nota a Merlin, Repert., v° *Donazione*, sez. VI, § 2. Poitiers, 16 aprile 1854 (Devill., 40, 1, 217. Dalloz, 40, 1, 154. *Palazzo*, 1, 40, 389).
(5) Sigonri Duraolon, t. IX, n. 688; Zachariae, 2, 2, § 264, nota 24. Cassaz., 4 gennaio 1850 (Devill. 9, 1, 420). Douai, 16 febb. 1846 (Devill., 46, 2, 319. Dalloz. 46, 2, 227. *Palazzo*, 46, 1, 575).
(6) Coin-Delisle, sull' art. 1092, n. 8.
(7) Tom. 2, p. 164, *in fine*.
(a) Leggi civili art. 1131. *Il trad.*
(8) Caen, 18 dicembre 1816. Il ricorso è stato rigettato il 5 di maggio 1818. (Devill., 5, 1, 474. Dalloz, 6, 236. *Palazzo*, 20, p. 358). Rouen, 8 marzo 1838 (Devill., 38, 2, 437. Dalloz, 38, 2, 236. *Palazzo*, 38, 2, 319). *Aggiungi* Zachariae, t. V, p. 343, nota 5.
(b) Simile a quest' articolo è l' articolo 1048 delle Leggi civili. *Il trad.*

Digitized by Google

SOMMARIO

COMENTARIO

2537. Secondo questo articolo gli sposi possono nel loro contratto di matrimonio farsi delle donazioni dei loro beni futuri, per esempio, degli acquisti che faranno pendente il matrimonio; possono anche istituirsi eredi contrattuali o donatari dei loro beni presenti e futuri.

Non vi è veruna contraddizione tra il nostro articolo e l'art. 1389 (a) nel titolo del contratto di matrimonio, che vieta agli sposi di fare « veruna convenzione o rinunzia, il cui « obbietto fosse di cambiare l'ordine legale « delle successioni ». Dapoichè l'art. 1389 precisa e restringe il significato della sua proibizione, aggiungendo: « sia relativamente ad « essi stessi nella successione dei loro figli o « discendenti, sia relativamente ai loro figli tra « loro ». Epperò il legislatore non interdice ai coniugi di chiamarsi alla successione l'uno dell'altro mercè una clausola del loro contratto di matrimonio; ed indica egli stesso questa conciliazione dei nostri articoli con queste ultime parole dell'art. 1389, senza pregiudizio « delle donazioni tra vivi o testamentarie, che « potranno aver luogo secondo le forme e nei « casi determinati dal presente codice ».

2538. Tutti gli sviluppamenti, che abbismo dato sugli articoli 1082 e seguenti, trovano qui la loro applicazione. Una sola modificazione vi è da fare, e consiste in che la donazione dei beni futuri e quella dei beni presenti e futuri non sono trasmessibili ai figli del donatario, se questo donatario muore primo del donante. E la ragione si è, che il donante è riputato di avere voluto gratificare solo il suo coniuge, e non i figli del suo coniuge che sono pure i suoi, poichè questi medesimi figli debbono trovare nella sua propria successione i beni, che gli rimangono per la premorienza del suo coniuge (1).

2539. Si è dimandato, se le donazioni tra coniugi dei beni futuri e dei beni presenti e futuri possono essere fatte espressamente e sussidiariamente a favore dei figli da nascere dal matrimonio.

Quantunque la legge non si spiega qui in un modo topico su questo patto, crediamo, essere nel suo pensiero di non autorizzarlo. Da una parte è di regola generale di non potersi disporre a favore di colui, che non ancora esiste (2). Dall'altra l'art. 1093 sembra piuttosto escludere dalla materia, che favorire le eccezioni apportate a questa regola dagli articoli 1048. 1081, e 1082 del codice (b). Da ultimo è un cattivo calcolo per la podestà paterna lo spogliarsi con anticipazione in favore dei figli da nascere, percioechè è un togliersi un dritto domestico utile alla famiglia, legarsi le mani per l'avvenire, ed interdirsi ciecamente le combinazioni proprie a mantenere l'ordine e la disciplina tra i figli (3).

Del resto queste sono delle quistioni di scuola, e si può contare sul buon senso dei futuri per non incontrarle nella pratica.

2540. Il signor Delvincourt (4), pensa, che se un coniuge ha fatto all'altro una donazione di beni presenti e futuri, essa sarà in quanto ai beni presenti trasmessibile ai figli. È questo un errore, che è la conseguenza naturale della opinione abbracciata da questo autore sulla donazione dei beni presenti e futuri, che ei ri-

(a) Leggi civili art. 1343. *Il trad.*
(1) Grenier, n. 448. *Infra*, n. 2738.
(2) Art. 906, C. Nap. (*).
(*) Leggi civili art. 822. *Il trad.*
(b) Articoli 1003, 1037, 1058. *Il trad.*
(3) Delvincourt, t. II, p. 448. Coin Delisle sul medesimo articolo, n. 4. *Contra*, Duranton, t. IX, n. 739. Zachariae, t. V, p. 540.
(4) T. II, p. 447.

guardavo come composta di due donazioni distinte e sovrapposte l'una all'altra, l'una di beni presenti, l'altra di beni futuri (1).

Ma la donazione dei beni presenti e futuri è unica sino alla morte del donante, il quale solo in questo momento ne rimane spogliato per farne passare le cose donate nelle mani del donatario (2). Per lo che se il donatario muore prima del donante, non ha nulla da trasmettere ai suoi figli, e costoro, che non trovano nulla nella sua successione, non hanno per la propria persona alcun dritto per raccogliere la donazione a causa dell'art. 1093 (3).

2541. Quando una persona nel maritarsi dona al suo sposo dei beni presenti, riserbandosi la facoltà di disporre di tutti o parte dei beni da essa donati, una simile donazione è trasmessibile ai figli in caso di premorienza del donatario? Se la donazione versasse su dei beni futuri, dei quali il donante si fosse riserbata la facoltà di disporre anche a titolo gratuito, sarebbe certo, che la premorienza del donatario importerebbe la caducità della disposizione, e che i figli non avrebbero verun dritto in proprio nome. Ma la decisione dev'essere la stessa, se la donazione ha per obbietto de' beni presenti? Questa quistione dipende da quella di sapere se la caducità pronunziata dall'art. 1089 si applica alle donazioni dei beni presenti fatte sotto condizioni potestative conformemente all'art. 1086. Noi l'abbiamo risoluta per l'affermativa nel n. 2483, epperò bisognerà decidere, che in caso di premorienza del donante queste donazioni non giovano ai figli nati dal matrimonio (4).

2542. Sarebbe inutile di ricordare qui tutte le regole delle donazioni dei beni futuri o dei beni presenti e futuri. Senonchè insistiamo su talune, che hanno attirato l'attenzione della giurisprudenza.

La donazione dei beni presenti, per esempio la donazione degli acquisti, che saranno fatti pendente il matrimonio, e dei beni, che il donante raccoglierà nella successione di suo padre e sua madre, non è solamente sospesa da una condizione, ma è eventuale sino alla morte del donante, che apre il dritto del donatario senza retroattività; e questi deve rispettare le alienazioni a titolo oneroso e le costituzioni di ipoteca o di servitù fatte dal donante, per lo quale motivo non è richiesta la trascrizione. Epperò la moglie donataria non ha indennità da ripetere da suo marito, che ha usato del suo dritto nel disporre dei suoi beni a titolo oneroso: per esempio ella non potrebbe dimandare di essere rimborsata su i valori mobiliari del lucro, che gli fosse stato assicurato sugl'immobili futuri, e che suo marito avesse renduto inutile e caduco, alienandoli (5). Nè potrebbe neppure ricorrere alla sua ipoteca legale per nuocere ai terzi, che hanno validamente contrattato con suo marito.

Ma è interdetto al donante di diminuire mercè delle alienazioni gratuite la donazione da lui fatta sui suoi beni futuri. Per lo che il donatario potrà rivendicare i beni contra gli stessi terzi donatari (6).

2543. Tutto questo si applica all'instituzione contrattuale in tutti i beni, che il donante lascerà in tempo della sua morte. Egli è inutile d'insistere su questa verità, perocchè l'ipoteca della moglie non potrebbe vietare al marito di usare del benefizio del dritto comune, nè potrebbe alterare la natura dell'instituzione contrattuale (7).

2544. Supponiamo adesso una donazione di beni presenti e futuri fatta tra futuri coniugi per contratto di matrimonio, per esempio una donazione reciproca dell'usufrutto di tutti i beni presenti e futuri a favore del sopravvivente.

Qui delle due cose l'una.

O lo stato dei debiti prescritto dall'art. 1084 non è stato annesso alla donazione o è stato annesso.

Se non vi è stato annesso, la donazione prende il colore di una instituzione contrattuale, ed il marito può usare del suo dritto d'alienazione a titolo oneroso, senzachè l'ipoteca legale della moglie possa frapporsi per impedirlo.

O lo stato dei debiti è stato annesso, e siccome allora il donatario ha un dritto di ozione pei beni presenti, siccome è creditore condizionale in ragione di questi beni presenti, ne siegue, che la moglie avrà nella sua ipoteca legale un mezzo particolare di fare rientrare, se giunge il momento, i beni presenti alienati, e questa ipoteca avrà grado a contare dal suo contratto di matrimonio (8).

2545. Molto sovente la donazione consiste in una somma da prendersi in caso di sopravvivenza sia sulle proprietà del futuro, sia in contanti a scelta della futura. Una tale donazione è eventuale, poichè dipende dalla condizione di sopravvivenza. Dippiù non può eserci-

(1) T. II, p. 110.

(2) *Supra*, n. 2391, 2398, 2400, ecc.

(3) Duranton, t. IX, n. 760. Vazeille, sull'art. 1093, n° 3.

(4) Grenier, n. 446. Delvincourt, t. II, p. 447. Duranton, t. IX, n. 758. *Contra* Coin-Delisle sull'articolo 1092, n. 9.

(5) Cass., 23 marzo 1841. Devill., 41, 1, 298, Dallaz, 41. 1, 195.

(6) Cassaz., 9 agosto 1840 (Devill. 1840, 1, 849).

(7) V. una nota benissimo scritta nella raccolta del sig. Devill. 4, 2, 231.

(8) Argom. da un arresto di Grenoble 12 genn. 1813, renduto su di un contratto di matrimonio consentito sotto l'ordinanza del 1731. (Devill., 4, 2, 231). V. la nota del decisionista, la quale merita di essere rimarcata.

tarsi, che su i beni, che esisteranno nella morte del marito. Epperò la moglie non può impedire al marito di disporre degl'immobili a titolo oneroso o d'ipotecarli, ma le rimane la sua ipoteca legale per farsi pagare sul rimanente degl'immobili (1). Se non ne ha, può prendere la sua donazione sui valori della successione.

2546. Abbiamo esaminato più sopra la quistione, se è permesso di rinunziare prima della morte del donante all'instituzione contrattuale ed alla donazione dei beni presenti e futuri (2). La negativa, che è una delle regole della materia, è applicabile alle donazioni tra i futuri coniugi (3).

Questo non è contrario a ciò, che abbiamo insegnato nel nostro comentario della vendita, cioè che si può disporre di un lucro di sopravvivenza prima della sua apertura (4). Quando abbiamo avanzato una tale proposizione, abbiamo soltanto parlato dei lucri di sopravvivenza, che non hanno un carattere successorio, dei lucri di sopravvivenza, dicemmo dei quali si dispone in qualità di creditore e non in qualità di erede. Vi ritorneremo da qui a poco(5). Ma qui ci preoccupiamo soltanto dei lucri di sopravvivenza, che hanno per iscopo di fare un erede o un donatario, che è *loco haeredis*. Ora il coniuge, che prima dell'apertura della donazione disponesse del dritto, che essa gli conferisce, stipulerebbe su di un dritto successorio e violerebbe gli articoli 791 e 1130 del codice Napoleone (a).

Così due futuri coniugi si fanno per contratto di matrimonio donazione reciproca dell'usufrutto di tutti i beni, che lasceranno nella loro morte. Più tardi il marito vuole erigere un maggiorato in suo favore ed a favore della sua discendenza mascolile, ed ottiene da sua moglie, che rinunzi al suo dritto eventuale su di una terra compresa nella donazione. Questa rinunzia è un patto su di una successione futura, e non può sostenersi in presenza degli art. 791 e 1130 del codice Napoleone (6).

Del pari i futuri essendosi fatta donazione dell'usufrutto dei beni, che il premoriente lascerà nella sua morte, se lo sposo dona ai suoi nipoti e nipote la nuda proprietà, e se la sposa interviene nell'atto per rinunziare in loro favore al suo usufrutto mercè una rendita vitalizia, questa rinunzia è nulla, perchè ha il carattere di una stipulazione su di una successione non aperta (7) (b).

2547. Rimarchiamo pure, che quando la rinunzia è da parte della donna, vi è una ragione doppia, che bene spesso viene a scuotere la

(1) Cass., ricorsi, 4 febb. 1835 (Devill., 35, 1, 507).

(2) N.i 2355 e 2431.

(3) *Contro*, Bourges, 29 agosto 1832. (Devill. 34, 2, 54). Un marito, instituito contrattualmente da sua moglie, aveva approvato una donazione ed un'instituzione contrattuale, che quest'ultima aveva fatto pel collocamento di sua nipote. Avendo voluto fare cadere queste disposizioni, fu dichiarato irrecettibile, perchè aveva approvata la donazione, che lo pregiudicava.

(4) N. 250.

(5) N. 2550.

(a) Leggi civili articoli 708 e 1084 *Il trad.*

(6) Orléans, 4 di agosto 1849. (Devill., 50, 2, 202). Il ricorso è stato rigettato con arresto della Camera Civile della corte di cassazione de' 12 genn. 1853. (Devill., 53, 1, 71. *Palazzo*, 53, t. 1, p. 129).

(7) Cassaz., ricorsi, 10 agosto 1840. (Devill., 40, 1, 737. *Palazzo*, 40, n. 238).

(b) Il carattere del patto successorio si troverebbe nella quantità certa della rendita vitalizia, mentre il dritto di usufrutto è eventuale ed incerto sino all'apertura della successione del donante. Per lo che la donataria si troverebbe di avere transatta per una somma determinata un dritto di successione, che doveva determinarsi soltanto nel giorno della morte del donante. Ma se l'ammontare della rendita vitalizia fosse rimasta subordinata all'ammontare dell'usufrutto de' beni, che il donante lascierà in tempo della sua morte, dicendosi, che la donataria percepirà dall'apertura della successione una rendita vitalizia uguale al detto usufrutto, non parò, che possa dirsi assolutamente, esser questo un patto successorio, è quindi nullo. La donataria avrà sempre un'aspettativa, che si realizzerà nel giorno della morte del suo consorte. La largizione, l'emolumento rimarrà sempre lo stesso, e solamente il dritto cambierà nella sua specie senza perdere la sua eventualità nè variare nel suo obietto. Imperciocchè se all'usufrutto viene sostituita una rendita vitalizia, assicurato da un'ipoteca o in ogni altro modo, la seconda darà quello stesso, che il primo avrebbe dato. E questa nuova combinazione procede dal libero consenso delle parti interessate se si guarda la natura di contratto, di cui partecipa la disposizione, ed è l'effetto giuridico della libertà del disponente, se si considera l'altro elemento di atto di ultima volontà. In questo non vi è alienazione di un diritto successorio, nè altro patto sulla successione di un uomo vivente, ma colui, che avendo disposto dell'usufrutto, aveva il dritto di disporre della nuda proprietà, adotta un'espediente, che rende questo dritto più spedito e più atto. E poichè la disposizione dell'usufrutto è un misto di contratto e di atto di ultima volontà, richiede ed ottiene il concorso di colui, cui l'usufrutto era stato trasferito. Niuno perde in questa stipulazione, ed invece l'autore della liberalità trova, senza pregiudizio del primo beneficato, minore limitazione nell'esercizio del diritto, che si è riserbato. E egli giusto di estendere a questo ordine di cose i motivi, che hanno determinato il divieto de' patti successori ?

Che se poi la disposizione della nuda proprietà versasse sopra beni presenti, allora la donazione dell'usufrutto, dipendente nella sua esecuzione dalla doppia condizione, che il donatario sopravvivesse al donante, e che i beni si trovassero nella successione di costui non alienati a titolo oneroso, sarebbe rimasta purificata da questa seconda condizione, dapoichè sarebbe divenuto certo, che que' beni appartengono per la nuda proprietà a' nipoti e per l'usufrutto al coniuge sotto la sola condizione della sopravvivenza. Ora i nipoti, che sono divenuti proprietarî di que' beni gravati di un usufrutto eventuale, possono affrancarli mercè la corrisponsione di una rendita vitalizia uguale alla rendita di essi, la quale comincerà a decorrere soltanto, quando si verificherà la condizione della sopravvivenza apposta alla donazione dell'usufrutto. In questa contrattazione la successione del donante non vi rappresenta nulla ; per la ragione, che la donazione, della nuda proprietà ha fatto uscire i beni dalla sua eredità, e la morte del detto donante non serve ad altro, che a fare verificare la condizione, dalla quale l'usufrutto dipendeva. *Il tradut.*

Digitized by Google

forza della sua rinunzia; esso si trae dall' influenza del marito, che può servirsi del suo potere per ottenere da essa delle concessioni e pervenire con la sua influenza a modificare dopo consentito il contratto di matrimonio (1). Il marito non deve turbare con delle esigenze irresistibili da parte di una sposa sottomessa i patti nuziali, e sconvolgere l' equilibrio, che questi patti hanno messo nella situazione degli sposi (2). Queste considerazioni sono state sviluppate in un arresto della corte di cassazione degli 11 di gennaro 1853, ove pareva, che un signore di Chanaleilles avesse ottenuto da sua moglie una rinunzia alla sua donazione pel collocamento di uno dei suoi figli; rinunzia che nella specie, non era, che un effetto dell' autorità del marito, e quindi una violazione della stabilità del loro contratto di matrimonio (3).

2548. Astrazione fatta da questa circostanza aggravante, e supponendo una rinunzia, che fosse tutta spontanea, si può dimandare, se uno degli sposi, donatario per contratto di matrimonio, potrebbe rinunziare ai lucri nuziali, dei quali ci occupiamo, a favore di uno dei suoi figli e nel contratto di matrimonio di questo ultimo.

Per esempio:

Primo istituisce la sua futura sposa nell'usufrutto dei suoi beni presenti e futuri. Tre figli nascono dal matrimonio, e nel tempo del collocamento del primo suo padre gli dona la metà dei suoi beni presenti e futuri in proprietà col contratto di matrimonio, e la madre col medesimo atto rinunzia a di lui favore al suo usufrutto su questi medesimi beni. In questo stato la madre, sopravvivente a suo marito, potrebbe impugnare la validità di questa rinunzia?

Un arresto della corte di cassazione degli 11 di gennaro 1853, che noi citavamo nel n. precedente, si è pronunziato per l' affermativa.

« Attesochè la moglie instituita col suo con« tratto di matrimonio donataria in usufrutto « della metà dei beni, che suo marito lascerà « nella sua morte, si trova così impossessata « di un dritto destinato ad esercitarsi sulla suc« cessione futura del marito ».

« Attesochè se questo dritto è contrattuale « per la sua origine, se è condizionale e subor« dinato al caso di sopravvivenza del donatario, « se è incerto nel suo emolumento, poichè po« trà non restare alcun bene nella successione, « questi diversi caratteri non gli vietano di es« sere in quanto ai suoi effetti un vero dritto « successorio, poichè non può esercitarsi, che « su di un'eredità; da che siegue, che nell'an« nullare la rinunzia del 1832 come contraria « alle leggi, che vietano di rinunziare ad una « successione non aperta, l' arresto attaccato « lungi dal violare gli art. 791 e 1130 del co« dice Napoleone (a), ne ha fatto per lo con« trario una giusta applicazione ».

Questa decisione è assai giuridica. Nulladimeno molte considerazioni si presentano alla mente per elevare la voce in favore della rinunzia. La madre ha obbedito ad un sentimento naturale; essa ha voluto favorire il collocamento di suo figlio; essa ha disposto in favore della persona a lei più cara, e vi vuol molto, perchè sia questo uno di quei patti odiosi, mercè dei quali si stipula su della successione di una persona vivente.

Nonostante queste ragioni bisogna rispondere, che non si potrebbe giudicare diversamente. L' art. 791 è formale. Malgrado il favore, di cui godono i contratti di matrimonio, malgrado la gran libertà degli sposi per farvi entrare ogni specie di convenzioni contrarie al dritto comune, non è men vero, che la legge non spinge la condiscendenza sino a permettere di farle servire ad un accordo sulla successione di una terza persona vivente. « Non si « può, dice l' art. 791, neanche per contratto « di matrimonio rinunziare alla successione di « un uomo vivente, nè alienare i dritti even« tuali, che si può avere a questa successione ».

Nella specie dedotta, che aveva fatto la moglie da Chanaleilles? Nel contratto di matrimonio di suo figlio aveva rinunziato ai dritti successori, che aveva nella credità di suo marito, e li aveva alienati, primachè fossero aperti a favore di questo figlio. La contravvenzione all' art. 791 era flagrante.

A questo ragione di dritto aggiungete, che la madre può con tali rinunzie turbare la pace interna della famiglia, eccitare la gelosia dei fratelli, ed obbligare il suo avvenire con una imprudenza, della quale si vede spesso il pentimento (4).

Non ignoro, che la giurisprudenza offre degli esempi di queste rinunzie *in favorem*; e se non sempre sono state annullate, è perchè non erano state attaccate per violazione dell' articolo 791 (5).

2549. Tutto quello, che abbiamo detto, si applica alle disposizioni, che senza essere universali o a titolo universale, costituiscono nulladimeno delle donazioni a causa di morte, delle specie di legati fatti per contratto.

Supponiamo, che il marito abbia donato a sua moglie una somma da prendersi sui beni

(1) Arresti citati nelle note precedenti.
(2) Il mio *Contratto di matrimonio*, t. I, n. 202.
(3) Devill., 53, 1, 65. *Palazzo*, 53, t. 1, p. 129. *Infra*, n. 2551.
(a) Leggi civili articoli 708 e 1084. *Il trad.*
(4) Nella causa Chanaleilles si veda in effetti, che la madre era stata varia nelle sue risoluzioni; essa aveva abbandonata la causa di suo figlio, ma dipoi importunata probabilmente in senso contrario, era ritornata a lui.
(5) Cassaz., 18 aprile 1812 (Devill., 4, 1, 79). *Supra*, n.i 2355, e 2431.

futuri. Questa è una disposizione analoga ad un legato, che la moglie non potrebbe nè alienare nè ripudiare in vita di suo marito. Lo art. 791 si applica qui manifestamente.

Il signor Benech, ch' è del nostro avviso pel caso di rinunzia pura e semplice, crede, che per contratto di matrimonio la moglie potrebbe anche in vita di suo marito cedere il suo dritto ad una persona determinata (1). Io non veggo la ragione di questa differenza. L' art. 791 non permette i patti su' legati fatti da un uomo vivente come sulla successione intiera di questa stessa persona.

Invano il signor Benech oppone, che giusta gli art. 943 e 947 del Codice Napoleone (a) si può donare col contratto di matrimonio i beni futuri. Io non lo nego; ma i beni futuri, ai quali quest' articolo allude, non potrebbero, secondo l' art. 791, essere quelli, che fanno parte della successione di un uomo vivente, e dal quale si spera di ereditare ad un titolo più o meno ristretto.

2550. Arriviamo ora alle rinunzie de' lucri di sopravvivenza, che non portano il carattere di dritti successorî. Quando il lucro di sopravvivenza consiste in un bene presente, donato sotto condizione, che il donante premorrà, o in un credito da prendersi su' beni presenti dopo la morte del donante; quando in una parola la donazione versa su di un dritto certo ed irrevocabile, quantunque sospeso dalla condizione della sopravvivenza, vi è allora semplicemente un creditore eventuale della successione, ma non già un erede, e questo creditore può disporre del suo dritto; può venderlo, cederlo, girarlo, e farne obbietto di una transazione (2). Il che è stato giudicato da un arresto della Corte di cassazione de' 16 di luglio 1849 (3), che rigettò il ricorso prodotto contra un arresto della corte di Agen de' 12 di maggio 1848 (4). In questa specie il signor Leysses aveva assicurato alla sua futura sposa per contratto di matrimonio in caso di sopravvivenza la proprietà della tenuta di Baulac con patto, che se vi fossero figli dal matrimonio, il lucro di sopravvivenza sarebbe ridotto all' usufrutto di questa tenuta. Nel 1822 Leysses marita una delle sue figlie; le dona per anteparte il terzo di tutt' i suoi beni presenti, e le abbandona la tenuta di Baulac in deduzione di questo terzo. La madre interviene nel contratto di matrimonio, e per facilitare il collocamento di sua figlia, dichiara di rinunziare al suo usufrutto mercè una somma eventuale di 800 franchi ipotecati sulla tenuta della Piniere.

Dipoi nel 1831 in occasione del matrimonio di una seconda figlia la signora Leysses rinunzia a favore di costei alla sua pensione di 800 franchi ed alla sua ipoteca.

Il padre essendo morto nel 1846 la signora Leysses tentò di rivenire sulle sue rinunzie, ma non riuscì per la considerazione di non essere nè erede nè successibile di suo marito, che non aveva da esercitare, se non de' dritti, concedutile come creditore.

Codesto arresto non è il solo. Così è stato giudicato, che una moglie, alla quale suo marito ha assicurato col suo contratto di matrimonio una rendita vitalizia in caso di sopravvivenza, può in caso di separazione di beni transigere con suo marito e de' terzi sulla sopravvivenza e rinunziarvi mercè una somma fissa. Questo non è un patto su di una successione futura, perchè la moglie non è erede; ma è un creditore, che stipula sul suo dritto eventuale (5).

Del pari la corte di cassazione ha giudicato, che una sposa, alla quale il suo contratto di matrimonio assicura una somma di denaro per le spese del lutto e dippiù una rendita vitalizia ed alimentaria a titolo di sopravvivenza, può cedere questi suoi lucri ai creditori di suo marito, perchè non fa altro, che disporre di un credito eventuale (6).

2551. Nulladimeno bisognerebbe vedere secondo i fatti, se la rinunzia della moglie non fosse l'effetto dell'influenza maritale, e se quindi non fosse una derogazione alle clausole del contratto di matrimonio. Per esempio una moglie ha sotto la condizione di sopravvivenza un usufrutto su di una tenuta determinata. Il marito volendo vendere questo immobile, induce sua moglie a rinunziarvi. Un arresto della corte di Tolosa de' 7 di marzo 1829 ha deciso, essere questa rinunzia nulla e contenere una violazione dell' art. 1395 del codice Napoleone (b) (7).

Se per lo contrario nulla prova, avere la moglie ubbidito all'autorità maritale; se si vede nella sua rinunzia un atto libero, spontaneo, e determinato dalla sola affezione materna, si deciderà, che la moglie lungi dall'avere derogato alle stipulazioni del suo contratto di matrimonio e violato l' art. 1395, non ha fatto, che usare del loro beneficio; ch' essa le ha

(1) *Della quota disponibile tra gli sposi*, p. 466.
(a) Articoli 867 e 871 delle leggi civili. *Il trad.*
(2) Art. 1130, Cod. Nap. (*) Il mio comentario della *Vendita*, t. I, n. 250.
(3) Devill., 50, 1, 380.

(*) Leggi civili art. 1084. *Il trad.*

(4) Devill., 48, 2, 302. *Palazzo*, 48, t. II, p. 216.
(5) Cassaz., 22 di febb. 1831 (Devill., 31, 107. Dalloz, 31, 1, 103).
(6) Cassaz., cam. civ., ricorsi, 31 maggio 1826 (Dalloz, 26, 1. 252. Devill., 8, 1, 350. *Palazzo*, XX 527).
(b) Leggi civili art. 1349. *Il trad.*
(7) Devill., 9, 2, 259. V. *Sopra*, n. 2547.

pure eseguite, e che tutto è legittimo nella sua liberalità (1).

2552. In quanto alle donazioni de' beni presenti, sottomesse a delle condizioni potestative, esse sono suscettibili di rinunzia e di cessione prima della morte del donante del pari, che le donazioni, delle quali abbiamo parlato nel n. 2550.

Articolo 1094 — (soppresso)

Il coniugo potrà sia per contratto di matrimonio, sia pendente il matrimonio, pel caso, in cui non lascerà figli nè discendenti, disporre in favore dell' altro coniugo, in proprietà, di tutto quello, di cui potrebbe disporre a favore di un estraneo, ed inoltre dell' usufrutto della totalità della porzione, di cui la legge vieta la disposizione in pregiudizio degli eredi.

E pel caso, in cui il coninge donante lascerà de' figli o discendenti, egli potrà donare all' altro coniuge o un quarto in proprietà ed un altro quarto in usufrutto, o la metà di tutt' i suoi beni solamente in usufrutto (a).

SOMMARIO

(1) Cassaz., 16 luglio 1849, ricorsi, (Devill., 50, 1, 380). Rigetto del ricorso contro l' arresto d' Agen, de' 12 maggio 1848 (Devill., 48, 2, 301, 302).

(a) Quest' articolo non è stato riprodotto nelle nostre Leggi civili. Un decreto de' 21 di maggio 1814 creò una Commessione, per proporre le modifiche credute necessarie ne' Codici francesi. E sin d' allora l' articolo 1094 del Codice Napoleone fu soppresso. Ed invero accresciutosi il disponibile sino alla metà de' beni, non era più necessario di stabilire un disponibile particolare pel coniuge, perocchè i giusti riguardi, a' quali ha egli dritto, possono trovare una larga soddisfazione nell' accresciuta facoltà di disporre accordata al suo consorte.

Il traduttore.

COMENTARIO

2553. Abbiamo veduto precedentemente i limiti apportati dalla previdenza del legislatore al potere di disporre. Una riserva indisponibile è assicurata ai figli ed agli ascendenti; il dippiù del patrimonio è solo disponibile tra le mani del padre di famiglia. Ma questa riserva e questa quota disponibile non sono fissate *a priori* in una maniera assoluta ed invariabile. La riserva si allarga secondo il numero delle persone privilegiate, alle quali è dovuta, e la quota disponibile, che ne è il correlativo, diminuisce in una corrispondente proporzione. Per regola la quota disponibile non dipende dalla qualità delle persone, che il padre di famiglia può chiamare a profittarne, ma per lo contrario è subordinata alla qualità ed al numero delle persone investite della riserva. Che il testatore voglia essere liberale verso i suoi figli o verso un estraneo, il suo potere non è nè più nè meno esteso. In simile caso la legge rimane indifferente per coloro, che sono chiamati dalla volontà dell'uomo, e si preoccupa soltanto di coloro, che sono chiamati dal dritto del sangue.

Ma quando la liberalità del padre di famiglia si dirige al suo coniuge, queste regole si modificano, e la qualità della persona fa prevalere delle considerazioni di un ordine diverso. Il coniuge è degno di favore per la sua affezione ed i suoi pii servigi, epperò bisogna allargare per lui il campo della quota disponibile ordinaria. Ma può rimaritarsi, e sarà tantopiù disposto a contrarre una seconda unione, per quanto meno la prima sarà stata feconda. Per lo che non bisogna lasciare sussistere qui la regola di progressione, che eleva la quota disponibile secondochè vi sono meno figli, dapoichè ciò sarebbe un eccitare ai secondi matrimoni ed aumentarne la dote. Laonde la quota disponibile non varierà secondo il numero dei figli, ma sarà fissata in una maniera uniforme per tutti i casi.

Del resto niente è più naturale delle donazioni tra futuri sposi o tra sposi. L'affezione conduce alla liberalità, e la liberalità è un pegno dippiù pel cordiale adempimento dei reciproci doveri. Quando la fortuna dei coniugi non è la stessa, una donazione del più ricco assicura all'altro in caso di sopravvivenza un'esistenza onesta; gli vieta di discendere dalla sua posizione, e di restare alla discrezione dei figli. Ogni coniuge, che oblia di assicurare al suo consorte un'agiatezza, che non si allontani di troppo da quella, della quale ha goduto in pendenza del matrimonio, merita per lo meno il rimprovero d'imprevidente. Ma potrebbe egli sempre mostrarsi previdente, se i limiti ordinari della quota disponibile non fossero allargati?

Ed era tanto più giusto di permettere ai coniugi di farsi delle liberalità bastantemente considerevoli, quantochè il codice ha soppresso le instituzioni, che nel nostro dritto antico assicuravano al sopravvivente dei coniugi un'esistenza degna della famiglia, vale a dire l'antefato, l'aumento di dote ed il contr'aumento. Imperocchè il nostro legislatore ha voluto, che un coniuge ottenesse dall'attaccamento e dalla riconoscenza del suo consorte quello, che l'antica legislazione gli conferiva di pieno dritto (1). Questo pensiero è saggissimo, ma porta per conseguenza, che i coniugi possono cedere alla voce del loro cuore, donandosi in una misura sufficientemente larga per assicurare la sorte del sopravvivente.

Daltronde come i figli ed i discendenti potrebbero mai dolersi di quelle liberalità, che danno l'agiatezza e l'indipendenza ad una persona, che debbono aver cara, e della quale sono gli eredi presuntivi?

2554. Giungiamo alla spiegazione del nostro articolo, il quale determina la porzione disponibile di un coniuge a favore di un altro coniuge. Ed è inutile di dire, che se il donante oltrepassasse questa quota, la sua liberalità non sarebbe nulla, ma solamente riducibile.

(1) *Supra*, n. 2516.

2555. Tre casi possono presentarsi. E dapprima bisogna supporre, che il donante non abbia eredi riservatari. Allora il donante è padrone di donare al suo coniuge la totalità del suo patrimonio. La legislazione moderna è straniera alle cure dell' antica legislazione per la conservazione dei propri nelle famiglie. Essa permette al coniuge di seguire le affezioni del suo cuore, e di dare con una espressa disposizione la preferenza al suo coniuge su tutti i suoi parenti.

2556. Supponiamo ora (ed è il nostro secondo caso), che il donante non lasci dei discendenti, ma che lasci degli ascendenti. Il coniuge può allora donare al suo consorte la porzione disponibile determinata dall'art. 915 del codice Napoleone; può anche donargli dippiù l' usufrutto della porzione riserbata agli ascendenti.

Il signor di Maleville osserva, « essere veramente derisorio di aggiornare gli ascendenti » pel godimento della loro riserva alla morte « dei loro generi o nuore, che hanno meno di « loro l' età di una generazione (1) ».

Ma il codice non si è arrestato a questa obbiezione, che non enuncia un profondo studio del principio della legge. Il favore del matrimonio ha vinto ai suoi occhi il favore degli ascendenti, e non senza dei plausibili motivi. Gli ascendenti hanno un interesse di cuore e di famiglia nel collocamento dei loro figli. Quasi sempre si spogliano volontariamente essi stessi per maritarli con vantaggio. Epperò come si potrebbe essere sorpreso nel vedere, che il loro figlio, che si marita, diminuisca la loro riserva mercè una donazione che è destinata a raggiungere lo scopo, che essi vogliono con tutti i loro voti? E quando un coniuge fa all' altro un vantaggio in pendenza del matrimonio, non è egli naturale, che il donante sia meno liberale verso degli ascendenti, che verso la persona, con la quale ha confuso la sua vita, che ha lavorato con lui, e che forse ha contribuito a formare la fortuna, della quale dispone? La legge altro non ha fatto, che seguire l' ordine delle affezioni, allorchè ha voluto, che la porzione disponibile divenisse più considerevole in pregiudizio degli ascendenti, quando vi è un coniuge, che quando non vi è. Tra semplici parenti l' art. 915 ha stabilito una regola, che è vera; ma questa regola diviene falsa in presenza di un coniuge, perchè l'amore coniugale ha solo uguale l'amore paterno, ed è superiore all' affezione per gli ascendenti (a).

Da un' altra parte la condizione del padre non è cambiata, ove alla morte di suo figlio trovi la successione di questo ultimo gravata di un usufrutto a favore della di lui moglie. Ed invece di quanto la condizione di costei non si potrebbe trovare deteriorata, se non avesse un godimento, cui è stata associata pendente la sua unione?

E per ultimo, se l' ascendente ha de' bisogni, ha la risorsa di poter vendere la nuda proprietà dell' obietto riserbato (2).

Tal' è dunque la ragione filosofica della legge; essa ha seguito l'ordine delle affezioni; il che il signor Jaubert assai nettamente dichiarava nel suo rapporto al Tribunato (3), « Sembrerà forse troppo rigoroso di privare « gli ascendenti dell' usufrutto della riserva? « In qualche modo è un lasciare la riserva solo « pe' loro eredi. Ma è il favore del matrimo- « nio (4). »

Si scorge, che nell' ipotesi, che abbiamo esaminata, il coniuge donatario è dotato di una porzione disponibile più considerevole di quella dell' estraneo. Vedremo or ora esservi delle circostanze, ove può ricevere meno di un estraneo.

2557. Siccome l' opinione del signor Malleville, testè ricordata, si è trovata divisa da menti irriflessive, è avvenuto, essersi considerata l' attribuzione dell' usufrutto sulla riserva dell' ascendente, come talmente esorbitante, che si è voluto, dover risultare da una clausola speciale ed espressa. Gli scrupoli sono stati pure spinti così lontano, che non si è rimasto contento di una disposizione universale fatta a favore del coniuge per decidere, che costui ha dritto non solamente alla quota disponibile ordinaria, ma ancora all' usufrutto della riserva degli ascendenti.

Questo è un errore: la legge non ha prescritto delle forme solenni e sacramentali, perchè si usasse della quota particolare dei coniugi. Ora si può forse dubitare, che colui, che ha dichiarato di donare tutta la sua fortuna, abb a voluto donare la porzione intiera di questa fortuna, rimasta a sua disposizione dal legislatore? L' usufrutto di quello, ch' è riserbato agli ascendenti, non fa parte del disponibile per riguardo al coniuge? E per conseguenza non dev' essere compreso in una disposizione, che nel pensiero del suo autore è così estesa, come la legge il permette?

Nulladimeno vediamo un arresto della corte di Agen, che giudica il contrario.

Una signora Couture aveva legato a suo ma-

(1) *Analisi della discussione;* sull' art. 1094, t. II, p. 537.

(a) Crediamo doversi fare una riserva per l'amore filiale. Un uomo di buon cuore non deve avere minore affezione pe'suoi genitori, di quanto ne abbia per sua moglie; questa divide con lui la sua vita, ma egli deve ai primi la sua esistenza, e per lo più la sua fortuna. *Il trad.*

(2) Grenier, n. 449, t. III, p. 436, ed. del sig. Bayle Mouillard.

(3) Fenet, t. XII, p. 621.

(4) Toullier, t. V, n. 868; Duranton, t. IX, n. 783; Dalloz, v. *Disposiz. tra vivi e testamento*, cap. 12, sez. 4, art. 1. o. 1; Coin-Delisle, su 1094, n. 3.

Digitized by Google

rito « la sua intiera successione tale quale si « comporrebbe all' epoca della sua morte, per « mezzo di che lo instituiva sua erede a sua « legataria universale e generale »

Ella muri, lasciando sua madre per unica erede.

Malgrado la generalità de' termini del testamento la corte di Agen ha rifiutato al marito sopravvivente l' usufrutto della riserva legale della madre : « attesochè l' obbligazione « di una disposizione espressa per distaccare « l' usufrutto della riserva attribuita agli a« scendenti, si trova manifestamente prescritta « dall' art. 1094, perocchè dopo di avere di « sposto, che il coniuge potrà donare all'altro « coniuge tutto quello, di cui potrà disporre « a favore di un estraneo, la legge aggiun« ge : « ed inoltre l' usufrutto della totalità « della porzione, della quale la legge vieta la « disposizione in pregiudizio degli eredi », il « che dimostra, che il legato universale non « opera nulla contro la riserva, perciocchè, « oltre questo legato, la legge dona una fa« coltà più estesa al coniuge, che non espri« mendola, viene riputato di non averne vo« luto usare (1). »

Ma questo arresto è rimasto isolato. Numerose specie sono state discusse, e la formola generale si è riprodotta con qualche varietà; nulladimeno la quistione è stata sempre risoluta a favore del coniuge.

Qui è un marito, che per testamento aveva « donato a sua moglie il godimento della sua « intiera eredità (2) ».

Là sono due coniugi, che per contratto di matrimonio « si erano fatta donazione reciproca « di tutti i beni, che apparterrebbero al pre« moriente in tempo della sua morte (3) ».

In una terza specie si trova un marito, che « aveva fatto donazione alla sua futura sotto « condizione di sopravvivenza della piena pro« prietà e godimento dei beni, che lascerebbe « nella sua morte (4) ».

In una quarta specie vediamo un testamento, mercè del quale una donna « aveva legato in « piena proprietà a suo marito tutti i beni mo« bili ed immobili. . . dei quali morrebbe im« possessata e vestita (5) ».

Infine si legge in una quinta specie la clausola di un contratto di matrimonio, contenente che « il sopravvivente degli sposi avrebbe la « piena proprietà dei beni per uso del corpo, « di ammobigliamento, e di casa, e l'usufrutto « del dippiù della successione (6) ».

I disponenti essendo trapassati, non lascian do per eredi, che degli ascendenti, è stato deciso dalle Corti Imperiali chiamate a conoscere della causa, che onde la sposa abbia tutta la quota disponibile fissata dall' art. 1094, compresovi il godimento della riserva degli ascendenti, bastava, che la donazione fosse universale, perocchè un donatario o legatario universale ha dritto a tutto, tranne la riserva, che gli eredi riservatari hanno dritto di togliergli per riduzione.

La corte di cassazione investita dei ricorsi in tre di queste cause, li ha rigettati, perchè le corti in simile circostanza avevano usato del dritto d' interpretazione, che loro appartiene sovranamente (7).

Per finirla citiamo un ultimo arresto, che terminerà di mettere queste verità in tutta la loro chiarezza.

Un signore Preynat aveva fatto col suo testamento diversi legati; tra gli altri aveva legato a sua moglie una rendita vitalizia di 6000 franchi, e l' usufrutto di una casa, di cui era proprietario; da ultimo aveva instituito suo fratello legatario universale. Egli morì senza figli, lasciando sopravvivente sua padre.

La quota disponibile era stata oltrepassata. Ma in quale misura bisognava procedere alla riduzione? A causa della moglie non si doveva estendere la quota disponibile ordinaria al *maximum* fissato dall'art. 1094? Il testamento era dessa sufficientemente esplicita, onde si potesse fare alla moglie il vantaggio di farla profittare dell' usufrutto della riserva dell' ascendente?

Il tribunale di S. Stefano giudicò, che « per « gravare la riserva dell' ascendente dell' usu« frutto a favore del coniuge, bisognava una « disposizione espressa, che si cercherebbe in« vano nel testamento di Preynat; che la riser« va di un quarto dell' ascendente doveva per « conseguenza essere intatta, e che il legato « del coniuge sarebbe stato ridotto come tutti « gli altri.

Ma la corte di Lione con arresto dei 3 di febbraio 1853 (8) annullò la sentenza del tribunale « attesochè la quota disponibile, che « era relativamente agli altri legatari di tre « quarti dei beni, poteva comprendere inoltre « relativamente al coniuge tutto o parte dello « usufrutto del quarto, che formava la riserva « dell'ascendente.., che vi era unicamente da « verificare, se la liberalità fatta al coniuge ri« maneva nel circolo della disponibilità o l'eccedeva; che su questo punto l'errore dei pri« mi giudici veniva dall' aver eglino confuso « una causa di preferenza, che secondo l' arti-

(1) Arresto de' 28 novem. 1827. (Devill., 8, 2, 420).
(2) Tolosa 24 di aprile 1837. (Devill., 41, 1, 90).
(3) Cayenne, 8 maggio 1837. (Devill., 43, 1, 289).
(4) Rouen, 24 maggio 1841. (Devill., 43, 1, 539).
(5) Riom, 16 dicem. 1846. (Devill., 47, 2, 249).
(6) Parigi, 30 dicem. 1847. (Devill., 48, 2, 138).
(7) Arresto de' 18 novembre 1840, su Tolosa. (Devill., 41, 1, 90.) — 3 aprile 1843, su Cayenne, (Devill., 43, 1, 289.) — 30 giugno 1842, su Rouen. (Devill., 43, 1, 539).
(8) Devill., 54, 1, 430.

Digitized by Google

« colo 927 del codice Napoleone ha bisogno « di essere espressa, onde sottrarre un legato « alla riduzione, con una condizione della va« lidità della disposizione o del legato, ecc. ».

La corte di cassazione il 24 di aprile 1854 ha rigettato il ricorso prodotto contro di que« sto arresto, « attesochè la legge nel permet« tere agli sposi di disporre l'uno a favore del« l'altro dell'usufrutto della riserva attribuita « agli ascendenti, non ha imposto all'esercizio « di questa facoltà la condizione, che l'inten« zione di privare l'ascendente del suo usufrutto « sarà formalmente espressa, e che perciò ba« sta, che questa intenzione sia certa, che la « disposizione dell'usufrutto a favore del con« iuge sia constatata, e che essa non possa per « ragione della sua latitudine conciliarsi con « l'usufrutto dell'ascendente riservatario ».

Questa dottrina ci sembra incontestabile.

2559. Arriviamo al terzo caso, che ha luogo, quando il coniuge donante ha figli o discendenti. Allora egli non può donare al suo coniuge, che un quarto in proprietà ed un quarto in usufrutto, ovvero una metà in solo usufrutto. Il senso di questa disposizione è per sè stesso perfettamente chiaro. Quello, che soprattutto colpisce, si è, che la quota disponibile tra coniugi non è subordinata al numero dei figli, come la quota disponibile ordinaria; che essa è uniforme ed invariabile, e che non diviene più forte, quando vi è un figlio solo, che quando ve ne sono tre.

Talvolta si è stato sorpreso di questa disposizione; si è cercato di pervertirne il senso sotto pretesto, che non soddisfaceva la ragione; si è rimasto indegnato dell'idea, che un coniuge in certi casi fosse meno favorevolmente trattato di un estraneo, e si sono fatti degli sforzi ed anche de' libri per provare, non essere l'articolo 1094 colpevole di quest' inesplicabile errore. Quando il donante, si dice, non lascia, che un figlio, può donare ad un estraneo la metà in proprietà. Perchè dunque imprigionarlo nell'art. 1094 relativamente al suo coniuge? Perchè questo coniuge dovrebbe essere condannato a non ricevere, che la metà in usufrutto, ovvero un quarto in proprietà ed un quarto in usufrutto? Perchè la sua porzione sarebbe meno considerevole di quella dell'estraneo, egli, che merita meglio di ogni altro la più estesa liberalità?

Ma diciamolo immediatamente: queste obbiezioni non sono sostenibili, e sin dal nascere sono state condannate dalla corte di Nimes con arresto dei 10 di giugno 1807 (1): attesochè il « legislatore nel fare un capitolo separato per « regolare simili disposizioni, ha manifestato « una volontà ben pronunziata, non solamente « di regolare la sorte dei coniugi in un modo « particolare, ma anche di regolarla in un mo« do invariabile giusta l'art. 1094, racchiuso « nel suddetto capitolo IX del codice civile, « quantunque per tal modo e secondo le cir« costanze il coniuge possa essere più o meno « favorito di un estraneo ».

Diremo di passaggio, essere assai rimarchevole, che si debba ad una corte del mezzogiorno della Francia un primo arresto, che rende omaggio a questi principi, quando si vede il professore signor Benech, parteggiano della dottrina condannata, pubblicare un libro, appositamente per provare, che su questa materia gl'interessi del mezzogiorno sono minacciati in quello, che hanno di più vivace, dalle idee immesse dai paesi di consuetudine. Il libro del signor Benech è scritto con erudizione, eleganza, e distinzione (2), ma ha avuto pochissima influenza sulla giurisprudenza dei tribunali, perchè vi si trova più passione, che imparzialità.

2560. Il signor Benech pretende dunque, contro l'opinione comune (3), che la moglie può per lo meno ricevere quanto un estraneo, e difende la sua tesi con delle ragioni seguenti, attinte nell'istoria della redazione del codice, nell'esame del testo, e nella morale del dritto.

L'art. 1094 è preso a prestito testualmente dal progetto di Jacqueminot, e vi era stato inserito in un pensiero completamente favorevole al coniuge; perocchè la quota disponibile ordinaria era invariabilmente di un quarto per colui, che aveva dei figli o anche un figlio solo; di talchè in tutti i casi possibili la quota disponibile tra coniugi era superiore alla quota ordinaria. Lo scopo dell'articolo era di estendere, di allargare il dritto comune. Ora questo articolo, al quale non è stato fatto verun cambiamento, è entrato nel codice col senso estensivo, che una prima redazione gli aveva dato. Perchè dunque interpretarlo nella giurisprudenza con delle idee ristrettive (4)?

D'altronde l'art. 1094 risponde col suo testo a questo pensiero tutto favorevole al coniuge. Esso è redatto per modo da concedere una facoltà e non per dettare una proibizione. Il che diviene anche più evidente pel ravvicinamento del nostro articolo con l'art. 1098. Quest'ultimo articolo volendo fissare un limite insormontabile, dice espressamente, che quello, che ha figli di un primo matrimonio, non potrà donare al suo nuovo coniuge, che una quota di quel figlio legittimo, che prende il meno. Per il contrario l'art. 1094 non si serve di una

(1) Devill., 2, 2, 528.

(2) *Della quota disponibile tra coniugi.*

(3) Toullier, t. V, n. 869; Grenier, t. III, n. 584; Delvincourt, t. 2, p. 65; Duranton, t. IX, n. 793; Dalloz, v° *Disposizioni tra vivi e testam.*, cap. 12, sez. 4, art. 1, n. 8; t. VI, p. 27; Vazeille sull'articolo 1094, n. 47.

(4) Il sig. Benech, p. 119 e seguenti.

formola ristrettiva; fissa il minimo di quello, che sarà sempre permesso di donarsi tra coniugi; ma non vieta di andare al di là, se del resto il diritto comune il permette (1).

Il consiglio di Stato nell'elaborare l'art. 1098 ha esso stesso fornita l'interpretazione dell'articolo 1094. L'art. 1098 nella sua prima redazione non permetteva al coniuge, che aveva dei figli da un precedente matrimonio, di donare all'altro coniuge, che una quota di figlio legittimo, che prendeva il meno, ed in usufrutto solamente

Il console Cambacérès dice, che si potrebbe autorizzare a donare al nuovo coniuge una quota di figlio in piena proprietà.

Il signor Berlier fa osservare, « che accordando al nuovo coniuge la facoltà di ricevere « una parte di figlio, anche in proprietà (il che « è ragionevole) è forse convenevole di modificare questa regola: perocchè se non vi fosse, « che un figlio o due del primo matrimonio, e « niuno del secondo, il nuovo coniuge potrebbe, dividendo con loro, avere la metà o il « terzo della successione ».

« L'opinante pensa, essere giusto di stabilire « accanto della regola principale, relativa alla « porzione di figlio, una eccezione, che contenesse, non poter essa eccedere relativamente « al nuovo coniuge una quota della successione, « per esempio il quarto.

« L'articolo è adottato con gli emendamenti « proposti dal console Cambacérès e dal signor « Berlier (2). »

Dunque il signor Berlier ed il consiglio di Stato intendevano, che l'art. 1094 non si opponeva a che un coniuge ricevesse dall'altro la metà o il terzo della successione in piena proprietà, quando vi erano soltanto uno o due figli (3).

Infine, continua il signor Benech, un coniuge deve mai essere trattato più severamente di uno estraneo, mentre l'affezione del suo consorte per lui è più viva, più naturale, e quasi sempre meglio meritata? Come concepire, che il matrimonio, che è una causa di favore, quando il donante ho degli ascendenti, diviene una causa d'incapacità, quando lascia dei figli? I figli, si dice, sono più favoriti degli ascendenti; il perchè la situazione del coniuge donatario non è la stessa nei due casi.— Ma se il favore dei figli dovesse essere la causa di questa incapacità, eglino la produrrebbero *a fortiori*, quando sono in numero di tre o di un numero superiore (4).

Tali sono le ragioni del signor Benech, succintamente e fedelmente riferite, nè son difficili a confutarsi (5).

(1) *Ibid.*, p. 112 e seguenti.
(2) Fenet, t. XII, p. 416 417.
(3) Il sig. Benech, *ibid.*, p. 126, 127.
(4) Il sig. Benech, *ibid.*, p. 161.

2561. Dapprima il signor Benech vuole, che s'interpreti il codice dal progetto Jacqueminot, e che per essere in questo progetto la quota disponibile tra coniugi sempre più considerevole di quella attribuita agli estranei, si decida sotto del codice, che essa per lo meno non le debba essere inferiore.

Questo argomento ha il difetto di andare a cercare troppo lontano e per delle vie trasversali un pensiero, che varrebbe meglio di cercare ne'concepimenti dello stesso codice. Ve ne è un altro, ed è, che sin dal principio va ad infrangersi contro una profonda differenza, che il signor Benech trova nel suo esordire tra il progetto Jacqueminot ed il codice. L'uno voleva, che il coniuge fosse sempre in una posizione migliore dell'estraneo. L'altro (ed il signor Benech ne conviene) è lontano dallo stabilire sistematicamente questa preferenza. Epperò il nostro autore si limita a chiedere nell'interpretazione di fare pel coniuge non già più di quello, che si fa per lo straniero, come il progetto Jacqueminot esigeva ma solamente altrettanto. E come dunque il signor Benech non ha veduto, che tali differenze in un punto così essenziale non potevano aiutarlo di molto a trovare delle posizioni analoghe.

2562. Ciò non è tutto, ed ecco un'altra differenza. Nel progetto Jacqueminot la quota disponibile, sia tra coniugi, sia tra estranei, non variava secondo il numero dei riservatari. Due articoli erano consacrati l'uno alla quota disponibile per rispetto ai terzi, l'altro alla quota particolare dei coniugi, e questa eccedeva sempre quella. Ma sotto del codice la quota disponibile ordinaria è stata cambiata; l'ha si è resa variabile secondo il numero dei legittimari, e con ciò il progetto Jacqueminot si è trovato profondamente modificato. Ora da che la quota disponibile ordinaria è divenuta variabile e mobile, siegue forse, che il legislatore abbia fatto subire per controcalpo un cambiamento analogo alla quota disponibile speciale ai coniugi? Non sarebbe stato necessario di modificare il testo dell'art. 1094, come si era modificato l'art. 913? Il testo essendo rimasto lo stesso, non ha forse il senso ed il significato che aveva prima, sotto il rapporto della invariabilità, nel progetto Jacqueminot? Non fissa dessa una quota invariabile indipendente dal numero dei figli?

2563. In quanto alla redazione dell'art. 1094 comparata a quella dell'art. 1098, vi è da rispondere al sig. Benech una sola parola.

I termini dell'art. 1094 non hanno bisogno di essere nella forma limitativi per togliere al disponente il dritto di oltrepassare la quota, della quale quest'articolo autorizza la disposi-

(5) Siamo sorpresi, che Zachariae, ed i suoi annotatori abbiamo ammessa l'opinione del sig. Benech, § 689, t. V, p. 205, nota 3.

Digitized by Google

zione. L'art. 1094 porta le sue restrizioni in se stesso; esso le dinota pel posto, che occupa, per la specialità della materia, che tratta, pel dritto particolare, che costituisce in favore de i coniugi. E quando viene a determinare la quota, di cui le persone maritate possono gratificarsi, non fissa forse con questo solo un limite, senzachè sia d'uopo di nulla aggiungere, perchè questo limite non possa essere oltrepassato?

D'altronde la restrizione non è espressa categoricamente nell'art. 1099, che dispone: « I « coniugi non potranno donarsi indirettamente « al di là di quello, ch' è permesso con le so- « pradette disposizioni? »

Adunque l'intenzione del legislatore non potrebbe essere dubbia. Il sig. Brigot de P eameneu, esponendo i motivi del nostro titolo, riviene a molte riprese sul carattere limitativo e restrittivo dell'art. 1094.

« Se il coniuge lascia de' figl. le sue dona- « zioni *non* potranno comprendere, *che* il quar- « to ec. (1) ».

« Se il coniuge lascia de' figli, la sua affe- « zione si divide tra loro ed il suo coniuge.... « epperò *non* potrà egli essere autorizzato a « lasciare all'altro coniuge *che* una parte del- « la sua fortuna, e questa quota è fissata ad « un quarto ec. (2).

« Dopo di avere così limitata la facoltà di « disporre, non ne restava più ec. (3) ».

Il tribuno Jaubert nel suo rapporto al tribunato è non meno formale: riporta le disposizioni del 2.° comma del nostro articolo, ed aggiunge: « Se la disposizione avesse ecceduto i suoi limiti, essa sarebbe ridotta proporzionalmente (4) ».

2564. Ma veniamo alla discussione del Consiglio di Stato, della quale abbiamo veduto, che il sig. Benech si prevale. Noi crediamo, che quest'autore interpreta male l'opinione del sig. Berlier. Ma soprattutto che cosa potrebbero fare contra il testo dell'art. 1094, alcune parole sfuggite in una discussione, e forse tradotte oscuramente? Ma quello, che ci sembra decisivo, è l'incidente, che siegue:

Quando ebbe luogo la comunicazione officiosa, che del nostro titolo fu fatto al tribunato, questo corpo propose di modificare il secondo comma dell'art. 1094, pensando essere giusto, anche nel caso, in cui vi fossero de' figli, « che un coniuge potesse donare all'altro tutto « quello, di cui potrebbe disporre in proprietà, « vale a dire tanto, quanto potrebbe dare ad « un estraneo, o la metà de' suoi beni in usu- « frutto (5) ».

Il Consiglio di Stato ammise la correzione proposta dal tribunato? consacrò esso questo nuovo sistema, che altro non era, che quello, del sig. Benech? No! esso persistè nella sua primitiva redazione, e la quistione così nettamente proposta, fu nettamente troncata nel seno contrario al tribunato ed al sig. Benech.

Quest'autore tenta di sfuggire dalla potenza di questo fatto, dicendo, che il Consiglio giudicò inutile la correzione. Come inutile! ecco un testo proposto, che decide, che in certi casi il coniuge avrà meno dell'estraneo: indi uno emendamento è formolato, onde questo coniuge possa ricevere quanto l'estraneo; ed allorchè il testo primitivo è mantenuto, si potrà dire, che l'emendamento non serviva a nulla! Noi diciamo non essere possibile di ragionare così, e che dopo di aver modificato l'art. 913 bisognava modificare l'art. 1094, se si voleva, che le loro disposizioni si accordassero tra loro.

2565. Restano le considerazioni morali invocate dal signor Benech. Ma se vi si guarda da presso, esse svaniranno come delle false apparenze e troveremo il signor Benech così debole sul terreno filosofico, come su tutti gli altri. Ed in effetti penetriamo nelle basi fondamentali della legge, tali quali sono state esposte alla udienza della corte di cassazione dei 3 di decembre 1844 (6) dal consigliere signor Felice Favre, mio antico ed eccellentissimo collega, e si vedrà quanto il sistema del signor Benech si trova lontano dalla profondità della quistione.

« Quando i figli sono numerosi, il loro stesso « numero suppone un matrimonio di qualche « durata; suppone ancora, che il coniuge so- « pravvivente, ammaestrato dall'età, assorbito « dalle cure della sua famiglia, sarà meno ten- « tato di correre l'eventualità di un secondo « matrimonio. I vantaggi dunque, che avrà ri- « cevuto, non saranno, che una specie di depo- « sito, che alla sua morte sarà trasmesso ai suoi « figli: deposito, che sarà loro utile anche in lo- « ro vita. Ed in vero più i figli sono numerosi, « più vi è probabilità d'ineguaglianza tra loro. « Il capo della famiglia, mercè i vantaggi, che « avrà ricevuto, potrà aiutare, sostenere coloro, « che ne avranno bisogno. La sua autorità, co- « me dice il signor Jaubert, sarà più efficace « e più rispettata. Con delle savie disposizioni « testamentarie potrà egli così più facilmente « riparare tra i suoi figli delle ineguaglianze « prodotte dai capricci della sorte. Infine per- « chè la maggiore fecondità della moglie, le « cure più penose, le più forti spese, che una « famiglia più numerosa impone ai coniugi, non « sarebbero ricompensate? Epperò è naturale, « che in questo caso lo sposo sopravvivente sia « più favorito dell'estraneo. E rimarcate, che

(1) Fenet, t. XII, p. 372, linea 12 e seg.
(2) Fenet, *ibid.*, linea 31 e seg.
(3) Fenet, *ibid.*, p. 373, linea 8 e seg.
(4) Fenet, *ibid.*, p. 621.
(5) Fenet, t. XII, p. 467.
(6) Devill., 45, 1, 277.

Digitized by Google

« quasi tutte queste considerazioni svaniscono, « quando vi è un figlio solo. Allora il più so« vente il matrimonio ha avuto una corta dura« ta. Lo sposo sopravvivente più giovane, più « isolato, può lasciarsi condurre ad un secondo « matrimonio. I beni rimastigli, sopratutto in « proprietà, possono pure facilitare un secondo « matrimonio; ed allora non è forse da temere, « che questi beni rimasti dal primo coniuge, in « luogo di profittare al suo orfano figlio, non « possino, almeno in parte, ai figli del secondo « letto? L'orfano ne soffrirà. È vero, che ne « soffrirebbe anche dippiù, se la porzione di« sponibile fosse lasciata ad un estraneo. Ma « non sarebbe questo il caso di dire col sig Del« vincourt, avere il legislatore pensato, che il pa« dre s'indurrà più difficilmente a spogliare suo « figlio a favore di un estraneo, che a favore « di sua moglie? La disposizione della legge « così duramente qualificata dal sig. Benech « non può forse spiegarsi per tali considerazio« ni, e quello, che egli tratta di assurdità, non « sarebbe forse al contrario un atto di pruden« za e di saggezza? »

Ecco la vera filosofia della legge (1). Ecco la luminosa spiegazione delle disposizioni, che per la quota disponibile tra i coniugi non se ne sono riportati al dritto comune, ma hanno formolato un dritto particolare, secondo il quale questa quota lungi dall'elevarsi od abbassarsi secondo il numero dei figli, resta sempre uniforme, o che vi sia un sol figlio, o che ve ne siano più.

2566. Del resto la giurisprudenza è ora fissata (2), ed il tentativo del signor Benech invece di sostenerlo, le ha dato maggior forza. Termineremo col citare la metà dell'arresto della camera dei ricorsi dei 3 dicembre 1844 sul rapporto del signor Felice Faure (3).

« Attesochè, vi è detto risulta sia dal posto, « che occupa il capo 9, tit 2, lib. 3 del cod. « civ., sia dalla combinazione degli art. 1091 « e 1099 con l'art. 1094 cod. civ. . che si è « trattato d'interpretare; sia infine dai motivi « esposti dagli oratori del governo e del tribu« nato in tempo della presentazione del detto « titolo 2. al corpo legislativo, che l'intenzione « del legislatore è stata di limitare ad una quota « fissa ed indipendente dal numero dei loro fi« gli, il maximum della donazione, che il detto « articolo 1094, § 2 permette specialmente allo « sposo di fare al suo sposo sopravvivente ».

2567. Dopo di avere provato l'immutabile carattere della quota disponibile creata dall'articolo 1094, esaminiamola negli elementi, della quale si compone.

Si è dapprima sostenuto, che giusta il testo dell'art. 1094 non è permesso di donare, che il quarto della nuda proprietà senza godimento, e l'usufrutto di un altro quarto. Ma questa assurda pretensione è stata proscritta da un arresto della corte di Bruxelles dei 21 di luglio 1810 (4), e noi la riferiamo qui meno per fare conoscere le diverse interpretazioni della legge, che per dinotare le cavillazioni, che la sofisticheria non teme talvolta di adoprare.

2568. Arriviamo a qualche cosa di più serio. Non bisogna stupire, che il legislatore dopo di avere permesso di donare un quarto in piena proprietà ed un quarto in usufrutto, abbia creduto di dovere aggiungere « o una metà in u« sufrutto ». È vero, che colui, che può disporre di una quota, può con più forte ragione donare una parte di questa quota, e che perciò sembra esservi ridondanza nel nostro testo. Ma come ha detto la corte di Bruxelles nell'arresto precitato, « l'utilità del secondo membro della « alternativa, che fissa la facoltà di disporre « in usufrutto solamente, è dei più evidenti, « comechè questa limitazione vieta di rendere « sterile il patrimonio dei figli durante la vita « dei loro genitori, se potessero eglino avere « il godimento della maggior parte dei frutti ». Ed eglino lo potrebbero secondo il dritto comune, se il legislatore non l'avesse vietato; perchè in generale è permesso di donare più della rendita della quota disponibile, purchè il dono di godimento non ecceda in valore la intiera quota (5).

2569. Questa disposizione limitativa del dono dell'usufrutto non ha impedito ai coniugi di fare sovente delle disposizioni, che ne eccedono i confini. Non già perchè si sia voluto violare o sconoscere una regola rispettabile. Ma è possibile, che nel momento della liberalità i coniugi non abbiano figli, e che abbandonandosi in questo caso in balìa delle impulsioni dell'amore coniugale, essi dispongano dell'usufrutto della totalità dei loro beni; il che la legge non vieta, quando i coniugi non hanno discendenti. Più tardi il matrimonio diviene fecondo; la quota disponibile cessa da questo istante di essere la stessa; e si riduce all'usufrutto della metà dei beni. Che cosa avverrà della prima disposizione? Come si farà la riduzione a favore dei figli esistenti?

Il coniuge, che non ha dritto in usufrutto a più della metà de' beni, si farà egli ricompen-

(1) V. anche *infra*, n. 2572.
(2) Riom, 8 di marzo 1842 (Devill., 42, 2, 234). Montpellier, 8 di marzo 1843 (Devill., 43, 2, 220). Il ricorso contro quest' ultimo arresto è stato rigettato il 3 di dicem. 1844, sul rapporto del sig. Faure. (Devill., 45, 1, 277).
(3) *Loc. cit.*
(4) Devill, 3, 2, 310.
(5) V. l'articolo 917, n. 832. L'art. 17 del titolo delle Donaz., del progetto Jacqueminot decideva il contrario. Fenet, t. 1. p. 371.

Digitized by Google

sare in nuda proprietà di quanto gli si toglie in godimento? Non raccogliendo tutto quello, che il suo consorte voleva donargli, riceverà egli per lo meno tutto quello, che il suo consorte avrebbe potuto donargli sotto una forma diversa? Il disponente avrebbe potuto donare più della metà in usufrutto, poichè la legge rendeva disponibile nelle sue mani un quarto in piena proprietà, ed un quarto in usufrutto. Ora egli ha mostrato di volere donare al suo consorte più dell' usufrutto della metà; perchè gli lascia l' usufrutto dell' intero. Epperò non sarebbe un falsare la volontà del testatore, non sarebbe un mancare al suo ultimo voto il ridurre il suo consorte ad un semplice usufrutto della metà? Non bisogna donare a quest' ultimo una indennità in proprietà, circoscrivendosi tuttavia nel limite del nostro articolo? In altri termini il donatario o il legatario dell'usufrutto della totalità non avrebbe ragione di domandare la conversione della disposizione in un dono del quarto in tutta proprietà e del quarto in usufrutto?

2570. Per quanto equa sembri una tale pretensione, ha sofferto delle serie difficoltà, ed ecco perchè:

Una donazione di usufrutto, per quanto considerevole sia, non equivale ad una donazione di proprietà. Colui, che ha fatto soltanto un vantaggio vitalizio, non ha voluto fare uscire i suoi beni dalla famiglia, ha mostrato apertamente, che intendeva, che il fondo della sua fortuna non passasse in mani straniere. Perchè non ha donato un quarto in piena proprietà ed un quarto in usufrutto? Egli lo poteva ed ha fatto altra cosa, o, se si vuole, è persistito in un' altra volontà. Non appartiene a' Magistrati di snaturare una donazione e di trasformarla sotto pretesto di non poter essere eseguita, com' è stata fatta; il che sarebbe un usurpazione sulla libertà e la volontà del disponente. La legge giudica la validità degli atti, ma non potrebbe rimpiazzare un atto eccessivo con un atto legale di un altro genere. Il disponente ha potuto avere delle buonissime ragioni per non donare altra cosa di un usufrutto; ha potuto temere una seconda unione; ha potuto volere, che il suo fondo non servisse a dotare un' altra famiglia. Sono questi motivi di un ordine domestico trascendente, ed i tribunali non potrebbero lederli.

2571. È vero, che secondo l' art. 917 del Codice Napoleone (a), quando è stato donato o legato un usufrutto o una rendita vitalizia, il cui valore eccede la porzione disponibile, gli eredi riservatari hanno l' ozione o di eseguire la disposizione, o di fare l' abbandono della proprietà della quota disponibile. Ma è questa una disposizione eccezionale, che non potrebb' essere estesa al caso, di cui parliamo.

L' art. 917 si adatta al sistema della quota disponibile ordinaria. In questo sistema il *maximum*, di cui si può disporre in usufrutto, non è determinato. Epperò in dritto rigoroso bisognerebbe estimare un usufrutto donato o legato in valore di piena proprietà per sapere, se eccede oppur no la porzione disponibile. Il legislatore ha voluto evitare quest' estimazione dispendiosa ed incerta, ed ha lasciato i riservatari liberi o di eseguire la donazione o il legato in intiero, o di abbandonare in piena proprietà la quota disponibile (1). Nel sistema della quota disponibile tra coniugi è tutto diverso. La misura, sulla quale le liberalità in usufrutto debbono essere ridotte, è fissata dalla legge; è la metà in usufrutto. Qui non s' incontra la difficoltà, alla quale l' art. 917 vuole ovviare. La riduzione va da sè stessa senza necessità di estimazione nè di ozione.

Il che ha giudicato la Corte d' Angers con arresto degli 8 di luglio 1840.

La signora Gautron, che non ancora aveva figli, ha legato a suo marito l' usufrutto di tutt' i suoi beni. Essa è morta, lasciando un figlio nato dalla loro unione. Il marito pretese, che l' erede riservatario non aveva, che l' ozione o di eseguire il legato intero, o di fare l' abbandono di un quarto in proprietà e di un quarto in usufrutto conformemente all' articolo 917 del Codice Napoleone. Con ciò si elevava la quistione ne' termini più netti e più precisi. Ma il tribunale di Beaugé rigettò questa pretensione, « attesochè l' art. 917 del C. « civile, che fa la regola delle donazioni in « generale, non può essere applicato al caso « di donazioni tra coniugi, le quali sono rego- « late specialmente dall' art. 1094 del mede- « simo Codice, che autorizza i coniugi a do- « narsi in caso di sopravvivenza di figli o la « metà in usufrutto, o il quarto in proprietà « ed il quarto in usufrutto de' beni, che lasce- « ranno; che il legislatore avendo stabilito « con quest' articolo due nature di donazioni, « la riduzione deve operarsi secondo la natura « del dono fatto del premorto; attesochè appartiene a' tribunali d' interpretare la volon- « tà del donante; che nella specie la signora « Gautron ha legato a suo marito l' universalità de' suoi beni solamente in usufrutto nel- « l' epoca, in cui non vi erano figli nati dalla « loro unione; che perciò egli intendeva di « riserbare alla sua famiglia la proprietà dei « detti beni; ch' essendo dipoi nato un figlio, « vi è luogo di dire con maggiore ragione, « ch' essa aveva l' intenzione formale mani- « festa di riservare a favore di questo stesso fi-

(a) Leggi civili art. 833. *Il trad.*

(1) V. *supra*, n. 832.

« gli la proprietà intatta di tutt' i suoi beni ». E sull' appello la Corte di Angers confermò questa Sentenza pe' medesimi motivi (1).

Esiste nel medesimo senso un arresto della corte di Bourges dei 12 di marzo 1839 (2) ed un arresto della corte di Amiena dei 15 di febbraio 1822 (3).

2572. Ma l' opinione contraria ha per essa l'autorità di un arresto della corte di Poitiers dei 20 di marzo 1823 (4). Questo arresto decide nettamente, che l'art. 917 del codice Napoleone si applica alle liberalità tra coniugi come a quelle tra gli estranei. Ed è tanto più degno di osservazione, che è stato renduto a favore di una sposa, che si era rimaritata, e che per conseguenza poteva fare profittare il suo secondo matrimonio della piena proprietà, della quale era possibile, che l' ozione del riserbatario la investisse. Ma checchè ne possa dire il sig. Benech (5), è chiaro, che la corte di Poitiers ha fatto una falsa applicazione dell' articolo 917, trasportandolo in una materia, per la quale non è stato scritto. Come non ha veduto, che quando la disposizione eccede la metà in usufrutto, l'ozione lasciata al riservatario lo condanna a sopportare una liberalità manifestamente e legalmente eccessiva, e per questo stesso riducibile? Come ha potuto prendere per regola di questo caso l' art. 917, che prevede soltanto la ipotesi, nella quale la superiorità dell'usufrutto sulla quota disponibile è dubbia, e fa tutto l' obbietto della quistione?

Convengo, che quando la donazione dello usufrutto è stata fatta ad un estraneo, può avvenire secondo l'art. 917, che l' usufrutto convertendosi in piena proprietà, l'intiera porzione disponibile sia radicalmente tolta ai riservatari; e quindi può sembrare bizzarro, che questo vantaggio sia ricusato ad un coniuge, vale a dire alla persona più favorevole, a quella dalla quale i riservatari debbono ereditare, e nella successione della quale ritroveranno i beni donati (6).

Rispondiamo, che la porzione disponibile tra i coniugi è soggetta a molte anomalie. Perchè per esempio l' uomo, che non ha che un figlio, può lasciare la metà dei suoi beni ad un estraneo? Perchè non può egli lasciare alla sua sposa, alla madre di questo figlio, se non il quarto in piena proprietà ed il quarto in usufrotto? Il timore di un secondo matrimonio mesce all'affezione del disponente dei sentimenti d'inquietudine, che moderano le sue liberalità, e che fanno, che la legge non è disposta ad estenderle con una troppo larga interpretazione (a). Vi sono in tutta questa materia delle considerazioni morali, molto diverse, che fanno pendere la bilancia ora dal lato dello sposo, ora dal lato opposto. Il perchè bisogna argomentare con precauzione dalle regole del dritto comune (7).

Così per non uscire dalla nostra quistione, quando il testatore ha fatto ad un estraneo un legato di usufrutto, che i riservatari pretendono eccessivo, non si può dire, che la conversione in piena proprietà di questa liberalità sia essenzialmente contraria alla volontà del disponente, che ha potuto essere perfettamente indifferente al modo, come il suo legato sarà soddisfatto. Ma chi oserebbe dirne altrettanto, quando il legato di usofrutto è stato fatto ad un coniuge? Chi potrebbe negare, che il disponente, preoccupato nelle sue gelose affezioni degli avvenimenti, che avranno luogo dopo di lui, ha voluto assicurare soltanto al sopravvivente, un vantaggio vitalizio, ed ha respinto l' idea di mettere nelle di lui mani la dote di un secondo matrimonio? Come non vedere, aver egli inteso di legare il sopravvivente ai figli per la comunione degl' interessi, che uniscono la nuda proprietà e l' usufrutto, e che si pervertirebbe le sue idee di prudenza, trasformando l' obbietto della liberalità?

2573. Ma non è sempre in usufrutto, che un coniuge dona o lega al suo consorte. La liberalità può versare su delle rendite vitalizie, ovvero può essere mista, ed abbracciare l'usufrutto di certi beni, l' usufrutto del mobiliaro per esempio ed una rendita vitalizia.

Il signor Proudhon (8) pensa, che bisogna distinguere questo caso dal precedente, per bè la legge nell' art. 1094 dispone specialmente

(1) Devill., 40, 2, 391.

(2) Devill., 39, 2, 373. *Aggiungi*, Proudhon, t. I, n. 345. Coin-Delisle, sull' art. 1094, n. 8.

(3) Dalloz., *Disposiz. tra vivi e testam.*, cap. 12, sez. 4, art. 1, p. 271. *Palazzo*, t. XVII, p. 135 e la nota.

(4) *Palazzo*, t. XVII, p. 983.

(5) *Della quota disponibile tra coniugi*, p. 435. e seguenti.

(6) Benech, p. 440.

(a) Ma che cosa diviene quest' argomento ricavato dal timore delle seconde nozze, che ha tanta parte in tutta questa discussione, quando si riflette, che dipende dalla sola volontà del disponente di distruggerlo completamente, assoggettando la liberalità alla condizione di serbarsi il letto vedovile? Questo è anche quello, che si fa ordinariamente, sì che possiamo dire, che l'indicata condizione è la regola generale, e la mancanza di essa l' eccezione. Un coniuge può essere ben convinto, che l' altro per la sua età, per la sua salute, per le sue qualità o abitudini personali, per l' attaccamento all' unico figlio. che tiene, e per tante altre circostanze, che possono concorrere, non passerà ad un secondo legame. Allora la sua disposiziona sarà pura e semplice. Perchè la legge torrebbe al disponente la facoltà di questo giudizio? Perchè sostituirebbe una congettura assoluta ed inflessibile al criterio libero di colui, che meglio di ogni altro è interessato e capace di giudicare dell' eventualità delle seconde nozze? *Il trad.*

(7) *Sopra*, n. 2565.

(8) T. I, n. 345. *Aggiungi* Coin-Delisle, 1094, n. 9.

Digitized by Google

sul maximum della liberalità in usufrutto, e non si spiega ugualmente sul *maximum* delle liberalità in rendita vitalizia. Epperò vuole, che si applichi l'art. 917.

Conveniamo col signor Proudhon di non esservi parità tra l'usufrutto e la rendita vitalizia; ed io effetti non è la medesima cosa di donare a qualcuno l'usufrutto della metà dei suoi beni, che rendono 4,000 franchi, e di assicurargli una rendita vitalizia di 2,000 franchi, comechè l'usufrutto può essere colpito da eventualità, che ricadono non sul riservatario, nudo proprietario, ma sull'usufruttuario; di talchè è tanto peggio per lui, se la proprietà, sia per forza maggiore, sia per difetto di locazione, resta improduttiva, mentre nel caso di rendita vitalizia, la riservataria è sempre tenuta di ricevere i 2000 franchi, sia che le terre rendono, sia che non rendono. Epperò vi è un conto da fare per estimare il valore della rendita vitalizia nel suo rapporto con la quota disponibile, e per isfuggire appunto alle difficoltà di questo conto il signor Proudhon è ricorso all'art. 917. Ma non fa attenzione, che se questo articolo si applicasse, il figlio riserbatario sarebbe nella necessità o di pagare senza riduzione una rendita, le cui annualità assorbiscono più del bisogno le rendite della successione, o di abbandonare una parte della proprietà, il che il defunto non ha voluto per motivi domestici, di cui abbiamo spiegata la gravità.

2574. Per rispettare questa volontà e conciliare tutti gl'interessi la Corte imperiale di Rouen con arresto de' 9 di aprile 1853 (1) ha dato vita ad un sistema, la cui equità ci colpisce. Secondo la Corte di Rouen bisogna fare un estimo de' godimenti, e dar loro effetto sino alla concorrenza della più forte porzione disponibile, senza convertirla nonpertanto in piena proprietà, e rimanendo loro il carattere vitalizio, ch'è stato nel pensiero del disponente.

Ecco la specie:

Nel 1837 il sig. Papegay sposa la signorina Chauvin, e con contratto di matrimonio questa fa donazione a suo marito pel caso, ch'ei sopravvivesse ed esistessero figli dal matrimonio, dell'usufrutto di tutto il suo mobiliare e dippiù di una rendita vitalizia di 400 franchi.

Il marito sopravvive; una figlia è nata dal matrimonio. Questa ultima pretende, l'usufrutto e la rendita dover essere ridotti al valore dello usufrutto della metà dei beni. Il marito sostiene, che le liberalità fatte a suo favore non sarebbero eccessive, che sol quando sorpassassero il valore di un quarto in proprietà e di un quarto in usufrutto. Una sentenza di Bernay adotta il sistema difeso dal figlio riservatario.

Ma la corte, « attesochè, secondo le conclusioni, l'appello lascia unicamente a decidere la quistione, come debba essere ridotta la donazione fatta al signor Papegay da sua moglie nel caso, in cui eccedesse la quota disponibile;

« Attesochè vi è un figlio nato dal matrimonio dei coniugi, e che ai termini dell'articolo 1094 del codice Napoleone essi potevano donarsi un quarto in piena proprietà ed un quarto in usufrutto, o metà in usufrutto di tutti i loro beni;

« Attesochè ricusandosi di eseguire la donazione fatta da sua madre a suo padre di una rendita vitalizia di 400 franchi e dell'usufrutto del mobiliare sotto pretesto, che eccede la quota disponibile, la signora Leroux non può farla ridurre che nel limite della più elevata quota disponibile, e non già come i primi giudici hanno detto, in quella della più debole quota;

« Che in effetto giusta le ragioni di analogia contenute nell'art. 917 del medesimo codice, l'erede riservatario, che vuole sottrarsi alla esecuzione della volontà del suo autore, deve abbandonare al legatario o al donatario tutto quello, che gli avrebbe potuto essere donato o legato; che perciò l'estimo per essere completo deve avere per oggetto di riconoscere, se la rendita vitalizia di 400 franchi e l'usufrutto del mobiliare eccedono oppur no il valore di un quarto in proprietà ed un quarto in usufrutto della successione della signora Papegay, e di dire nel primo caso di quanto questa rendita debba essere ridotta; che questo modo di riduzione ha il doppio vantaggio di dare effetto secondo la possibilità della successione e di non cambiare la natura dei beni donati; mette l'appello e ciò, di cui è appello, nel nulla, emendando ecc. ecc. »

Si scorge la forza di questo arresto. Una rendita vitalizia donata al marito sopravvivente eleva indubitatamente la donazione al di sopra delle forze della quota disponibile. Bisogna dunque ridurla, ma su di ciò due quistioni: in quale misura verrà ridotta? questa riduzione si farà lasciando alla donazione il suo carattere vitalizio. Sul primo punto il legato deve essere ridotto nella più forte misura autorizzata dallo art. 1094; è conforme alla volontà del defunto, che è andato sino a sorpassare la quota disponibile, di mettere la sua donazione in conformità col *maximum*, di cui questo articolo permette la disposizione. Epperò si prenderà per base, non la metà in usufrutto, ma il quarto in proprietà ed il quarto in usufrutto, che procurano al donatario il più elevato vantaggio. Se non che non si convertirà per questo un dono di go-

(1) *Gazz. de' Trib.*, 3 giugno 1853. Non ho trovato quest'arresto nelle altre raccolte. Pure è degno di figurarvi.

Digitized by Google

dimento in un dono di proprietà, ma gli si conserverà (ed è il secondo punto) la sua originaria natura; dapoichè è una idea essenzialmente giuridica e morale, che quando si tratta di un coniuge, non bisogna estendere il dono dell' usufrutto sino ad un dono in proprietà, a menochè l' idea del disponente non sia di autorizzare la conversione. Un coniuge, che dona soltanto un usufrutto, non viene riputato di avere donato in piena proprietà. Per lo che l' art. 917 non potrebbe essere applicato. Si realizzerà la volontà del disponente per un'attribuzione di godimento, ma si avrà cura, che questa attribuzione si elevi ad una cifra, che sia uno equivalente del valore, che può avere il quarto in proprietà ed il quarto in usufrutto.

Si dirà forse che questo sistema getta in perizie e valutazioni, che è nello spirito generale del codice Napoleone di rendere tanto rare, quanto possibili, come lo prova l' art. 917 del codice? Non lo si nego; ma si dimandi ai riserbatari, se amano meglio di correre le eventualità di queste perizie o di perdere una parte della loro proprietà, e si vedrà, se la loro risposta è dubbia. In quanto al donatario, se venisse ad alzare la voce, non gli si chiuderebbe forse la bocca, opponendogli la volontà del disponente, che è la sua legge suprema, e che gli ha ricusato la piena proprietà? Tale è questo arresto di Rouen; esso è poco noto, ma penso, essere di tale natura da fare dei parteggiani ad un sistema, che scioglie così ingegnosamente tutte le complicazioni della quistione.

2575. Del resto siccome avviene quasi sempre, che le difficoltà, delle quali abbiamo parlato, sorgono nell'occasione delle disposizioni, che i coniugi hanno fatto prima della nascita dei figli, vi è un mezzo di prevenirle, ed è di formolare la liberalità nella seguente maniera: dono al mio coniuge tutto quello, di cui posso disporre. È vero, che con questa clausola il donante si obbliga a qualche cosa dippiù di una donazione di usufrutto, e che il sopravvivente ha dritto ad una frazione di piena proprietà. Spetta al disponente di vedere, se gli conviene di andare sin là; le sue affezioni e le circostanze sono la sua unica regola. So adotta codesta formola, avverrà questo: o il matrimonio sarà sterile, e la liberalità abbraccerà la totalità dei beni, purchè non vi siano ascendenti (1). O nasceranno dei figli, ed allora il donatario avrà dritto ad un quarto in piena proprietà ed un quarto in usufrutto. Ed in effetti il disponente ha manifestato la volontà di donare la più forte quota determinata dalla legge, ed ha voluto raggiungere il maximum delle liberalità permesse; egli ha voluto limitare i suoi eredi a quello, che è indisponibile nella successione.

È lo stesso, se la donazione è universale, perciocchè donando più di quello, che la legge permette, ha espresso di volere donare per lo meno tutto quello, che essa autorizza.

Il signor Grenier(2) aveva dapprima pensato che in una simile occorrenza l'erede avrebbe la scelta di abbandonare allo sposo sopravvivente un quarto in proprietà ed un quarto in usufrutto, o semplicemente una metà in usufrutto. Questa bizzarra opinione suppone, che il donante abbia confidato al figlio stesso il potere di limitare quello, che deve appartenere a quello dei genitori, che sopravvive. Del resto essa è stata abbandonata dal suo autore, come è stata rigettata da tutti i giureconsulti (3).

2576. Ora abbracciando dello stesso colpo d' occhio i due casi, nei quali lo sposo donatario si trova in presenza dei riservatari figli o ascendenti, s' incontra una quistione, che ha diviso gli animi, e che consiste nel sapere, se questo coniuge donatario di un usufrutto, che grava la riserva degli eredi, può essere dispensato dal dare cauzione.

Il dritto antico offre su questo punto delle analogie decisive. Esso considerava l' antefato consuetudinario come tanto favorevole, che non soggettava la moglie a dare cauzione, nè gli dimandava altra garentia del suo giuramento (4) a causa dell' onore, che il figlio deve a sua madre (5). È vero, che nel caso, in cui si rimaritava ora tenuta di dare cauzione (6); ma se ne comprende la ragione, dapoichè la vedova essendo rimaritata, non è più riputata di essere della casa del suo primo marito, come dice Coquille, e deve essere tenuta per estranea (7).

È vero ancora, che quando il dono reciproco si faceva in pendenza del matrimonio, nel qual caso doveva consistere soltanto in usufrutto, il donatario era assoggettato all' obbligo di dare cauzione (8) senza poterne essere discaricato dal dono donazione (9).

La ragione ne era, che pendente il matrimonio i coniugi non potevano farsi veruo vantag-

(1) *Sopra*, n. 2553.
(2) 1.ª e 2.ª edizione n. 450.
(3) Grenier, n. 450 t. III, p. 440, ediz. di Bayle-Mouillard; Delvincourt, t. II, p. 65, nota 3; Toullier, t. V, n. 867; Duranton, t. IX, n. 790; Coin Delisle su 1094, n. 10; Caen, 20 marzo 1843 (*Palazzo*, 13, II, 826).
(4) Parigi, art. 264. Étampes, 135. Mantes, articolo 140. Orléans, art. 218. Nivernese, cap. 24, art. XI. V. Pothier, *dell' Antefato*, part. 1, art. 2, § 3.
(5) Coquille sul Nivernese, *loc. cit.*
(6) Parigi, art. 264. Loisel; I, 3, 40. Argou, 3, 10, p. 128.
(7) Sul Nivernese, *loc. cit.*
(8) Parigi, art. 280. Orléans, art. 281.
(9) Ricard, *Donazione reciproca*, 207, 208. Rousseau de Lacombe, v° Dono scambievole, sez. 2, n. 12. Ferriere sopra Parigi, art. 280. (Osservazioni, che precedono il comentario). Egli cita Dumoulin sull' istesso articolo della consuetudine antica.

Digitized by Google

gio; e temendo, che la dispensa di dare la cauzione non racchiudesse un mezzo indiretto di eludere la proibizione, venivano astretti con rigore alle disposizioni imperative della consuetudine; si voleva, che eglino non si appartassero in nulla dalle condizioni precise, che essa aveva imposto, quando per una speciale eccezione alle sue proibizioni, aveva essa autorizzato il dono reciproco (1) Ma quando il dono reciproco di usofrutto si faceva per contratto di matrimonio, non era più lo stesso, e la dispensa della cauzione era validamente stipulata (2). Allora lungi dal guardarla con occhio severo, veniva considerata come una di quelle stipulazioni libere e favorevoli, che assicurano la sorte del sopravvivente; nè si voleva, che i figli venissero a mostrarsi più diffidenti verso di lui di quello, che lo stesso donante era stato.

Sotto il codice Napoleone non potrebbe essere diversamente, ed i testi aggiungono la loro autorità alle considerazioni morali, sulle quali si fonda l'antica giurisprudenza. Non bisogna neppure fare la distinzione, che faceva tra le donazioni per contratto di matrimonio e quelle, che hanno luogo in pendenza del matrimonio; il nostro articolo le mette sul medesimo piede, nè ha contra di queste l'avversione dell'antico dritto consuetudinario. Epperò il dovere dei figli sarà di rispettare una dispensa, che il loro autore ha accordato nella sua saviezza a taluno, che essi debbono onorare. L'art. 601 del codice Napoleone (a) è formale, e sottopone ogni usufruttuario a dare cauzione, a menochè non ne sia stato dispensato dall'atto costitutivo del suo dritto. Si che è permesso di accordare una rimessa della cauzione mercè la donazione. L'art. 1094 è informato da questa regola generale.

Nullodimeno la più parte degli autori hanno creduto, che l'inviolabilità della riserva deve fare ammettere una eccezione all'art. 601 del codice Napoleone. Temono, che la dispensa non sia un mezzo indiretto di alterarla, e vogliono, che una cauzione la protegga contra la gestione infedele o negligente del sopravvivente donatario (3).

Siffatta opinione non è sostenibile, perocchè sotto pretesto di conservare la riserva, essa compromette la dignità dei parenti, suscita contro la loro autorità dei scandalosi processi; non tiene alcun conto dei sentimenti di famiglia, dell'onore del padre e della madre, e del rispetto, che i figli debbono loro. Che! bisogna supporre di pieno dritto non l'affezione del sopravvivente, ma il suo cattivo volere; non il suo spirito di conservazione, ma la sua cattiva gestione! Di un padre e di una madre bisognerà fare non un custode della comune fortuna, ma un dissipatore o un depredatore, Bisognerà disprezzare il giudizio, che su di lui ha emesso il donante, ed ammettere da parte di costui una connivenza o un acciecamento!! Non può essere così.

L'art. 1094 permette di donare l'usufrutto della riserva senza derogare a veruna regola del dritto comune. Per lo che il coniuge usufruttuario non è tenuto a dare cauzione, che in conformità dell'art. 601 (b), vale a dire, quando non n'è stato dispensato.

D'altronde ove si è veduto, che in mancanza di una cauzione il legittimario sia esposto a perdere la sua nuda proprietà senza potervi riparare? Non ha egli la facoltà d'impedire l'usufruttuario di abusare del suo dritto e di farlo pure decadere ai termini dell'art. 618 del codice Napoleone?

Vi è un'ultima considerazione. Si sa, che il padre e la madre sono di pieno dritto dispensati di dare cauzione per l'usufrutto legale. La legge qui attinge le sue inspirazioni nell'inverso delle presunzioni, sulle quali si fonda l'opinione, che confutiamo. E si vorrebbe, che quando è la volontà di un coniuge quella, che gratifica l'altro, il donante non possa lasciarsi guidare dai suoi buoni pensieri, a rendere al donatario la giustizia, che meritano il suo attaccamento, la sua economia, e la sua tenerezza pel proprietario!

2577. La corte di cassazione si è pronunziata nel senso nostro, ed il suo arresto dei 17 di maggio 1843 (4) ci sembra di dover fare cessare una diversità di giurisprudenza, che appena si comprende (5), e che si era mantenuta unicamente per le false dottrine degli autori. Eccone i motivi: « Attesochè una disposizione » testamentaria non può essere annullata o con-

(1) L'annotatore di Ferriere sull'art. 280, n.i 18 e 19.

(2) *Id.*, Ferriere, *loc. cit.*

(a) Leggi civili art. 526. *Il trad.*

(3) Proudhon, t. II, n. 824. Ponsot, *della Cauzione*, n. 408. Zachariae, t. II, § 26, p. 8.

(b) Leggi civili art. 526. *Il trad.*

(4) Devill., 43, 1, 482. Nella specie il disponente aveva legato l'usufrutto della metà de' suoi beni alla vedova, l'aveva dispensato dal dare cauzione, ed era morto, lasciando quattro figli.

(5) Nel caso, in cui i riservatari fossero de' figli.

Per la validità della dispensa — Rouen, 13 di giugno 1840 (Devill., 40, 2, 316); Limoges 8 agosto 1843 (Devill., 44, 2, 161); Parigi, 2 maggio 1845 (Devilleneuve 45, 2, 353); Parigi 19 dicembre 1846 (Devill., 47, 2, 107); Parigi, 3 luglio 1847 (Devill., 47, 2, 600).

Contra la validità della dispensa: Parigi 9 novembre 1836 (Devill., 36, 2, 536); Rouen, 24 febbraio 1842 (Devill., 42, 2, 250); Douai, 18 marzo 1842 (Devill., 43, 2, 9); Rouen 17 febbraio 1844 (Devill., 44, 2, 127)

Nel caso, in cui i riservatari fossero degli ascendenti.

Per la validità della dispensa. Orléans, 19 dicembre 1822 (Devill., 7, 2, 139

Contra la validità della dispensa. Nancy, 21 maggio 1825 (Devill., 8, 2, 79); Douai. 20 marzo 1833 (Devill., 33, 2, 196); Tolosa, 27 novembre 1841 (Devill., 42, 2, 125)

« siderata come non scritta, che sol quando è « contraria alle leggi o ai buoni costumi; attesochè il § 2 dell'art. 1094 del codice civile « autorizza il coniuge, che ha dei figli, a disporre a favore dell' altro coniuge, sia di un « quarto in proprietà e di un quarto in usufrutto dei suoi beni, sia della metà in usufrutto solamente, e che questa disposizione « speciale non regolando le obbligazioni del « coniuge usufruttuario, non gli si può applicare, se non le obbligazioni, che sono imposte a tutti gli usufruttuari; attesochè queste « obbligazioni sono determinate dalla disposizione generale dell' art. 601, che contiene, « che l'usufruttuario dà cauzione di godere da « buon padre di famiglia, se non ne viene dispensato dal titolo costitutivo dell' usufrutto; « attesochè l' art. 1094 del medesimo codice « deroga necessariamente alla disposizione dell' art. 913, che fissa la porzione riserbata ai « figli, poichè nel caso, in cui esistono tre figli « o un maggior numero, questi figli non possono raccorre nella morte del premorienate dei « loro padre e madre l' integralità della porzione, che loro è riserbata dal detto art. 913, « quando il padre o la madre premorta ha usato della facoltà concessa dall' art. 1094; « che perciò non si potrebbe rigettare l' applicazione dell' art. 601, relativo alla dispensa « di dare cauzione sotto pretesto, che questa « disposizione lederebbe la riserva legale de' figli; attesochè nel silenzio della legge non è in « potere dei tribunali di annullare per motivi « più o meno speciosi la disposizione testamentaria, che dispensa il coniuge usufruttuario « dall' obbligazione di dare cauzione... ecc. »

2578. Diciamo ora una parola di una quistione transitoria, che si lega alla cauzione del sopravviveate usufruttuario. Quando il matrimonio e la donazione di usufrutto tra' coniugi fatta per contratto nuziale sono anteriori al codice Napoleone, e si sono compite sotto l'impero di uno statuto, che dispensava di pieno dritto la vedova di dare cauzione pel suo usufrutto, questa deve profittare di questa dispensa legale, benchè il suo usufrutto si sia aperto sotto l'impero del codice Napoleone. Essa aveva un dritto acquisito, di cui non può essere privata dalla promulgazione di una nuova legge.

Poco importa, che questo usufrutto sia stato costituito su de' beni futuri, e sia per conseguenza un dritto eventuale. Basta, che le disposizioni contenute in un contratto di matrimonio siano irrevocabili, onde una legge posteriore rispetti le speranze positivissime, che ne risultano per le parti.

Così è stato giudicato dalla Corte di Bordeaux il 29 di aprile 1809 (1). Nella specie il contratto di matrimonio del 1777 conteneva donazione al coniuge dell'usufrutto della quota del marito negli acquisti futuri, stipulati comuni. Le parti erano domiciliate nella giurisdizione del Parlamento di Bordeaux, e la giurisprudenza di questo Parlamento dispensava la vedova usufruttuaria di dare cauzione.

2579 Quello, che abbiamo detto della dispensa di dare cauzione, bisogna anche ritenere per la dispensa di fare inventario? Affatto: l' articolo 600 del codice Napoleone (a) esige espressamente, che l' usufruttario non possa mettersi in possesso de' mobili e degli immobili soggetti all' usufrutto, che dopo di avere fatto redigere un inventario de' mobili ed uno stato esatto degl' immobili; questo articolo non dice, che il testatore o il donante potrà dispensare l' usufruttuario da questa formalità, mentre per l' opposto l' articolo 601 li autorizza a dispensarlo dal dare cauzione (2).

Tutto quello, che può fare ed ordinare il donante è, che le spese dell' inventario non siano a carico dell'usufruttuario; pertanto non potrà metterle a carico del riserbatario, che in quanto queste spese non lederanno la riserva (3).

2580. Sino al presente ci siamo limitati ad esaminare la porzione disponibile tra coniugi sotto il solo punto di vista del concorso del donatario sopravvivente e de' riservatari. Ora bisogna estendere più lungi il nostro orizzonte, e mescere a questo concorso l' intervento di una terza persona, che fosse donataria o legataria del disponente, e che prevalendosi della quota disponibile dell'art. 913 del codice Napoleone, dimandasse di farla andare di accordo con la quota disponibile stabilita da'l' art. 1094. Qui ci facciamo d'appresso ad una delle principali difficoltà del commentario del nostro articolo, la quale si formola così:

Il legislatore, avendo fissato in una maniera distinta e separata quella, di cui si può disporre verso tutti, e quello, di cui si può disporre verso il suo coniuge, ha egli permesso al donante di esaurire con le sue liberalità le due quote aggiunte l' una all' altro e cumulate? ovvero bisogna coordinare e conciliare le due quote disponibili? In quale misura questa combinazione deve operarsi?

2581. L'imbarazzo non sta nel cumulo delle due porzioni disponibili, perocchè questo cumulo produce risultamenti, così esagerati che cade nell' assurdo. Così un padre di famiglia, che avesse un figlio, potrebbe donare ad un estraneo la piena proprietà della metà dei

(1) Devill., 3, 2, 62. Nel medesimo senso Bourges, 28 giugno 1826; Devill., 8, 2, 249).
(a) Leggi civili art. 515. *Il trad.*

(2) Pau, 24 agosto 1835 (Devill., 43, 1, 481).
(3) Paragonate Zachariae, t. II, p. 8, nota 4.

suoi beni, più al suo coninge la proprietà di un quarto ed il godimento dell'altro quarto; di tal che non resterebbe al figlio per la sua riserva, che la nuda proprietà di un quarto della successione pendente la vita del sopravvivente de' suoi genitori. Basta di enunciare tali conseguenze per condannarne il principio.

Per comprendere di essere stato questo punto controvertito (1), bisogna riportarsi agli antecedenti legislativi della quistione, perchè essi spiegano l'errore, che respingiamo. Ed in effetti è certo, che sotto l'impero della legge de' 17 nevoso anno 2. il disponente poteva alla volta donare in pregiudizio de' suoi eredi riservatari ed il disponibile ordinario ed il disponibile particolare de' coniugi tra loro. Gli art. 13 e 14 della legge dell'anno 2 fissavano la quota disponibile tra coniugi, che hanno figli dalla loro unione (2), alla metà in usufrutto; indi l'art. 16 si esprimeva così: « Le disposizioni generali del presente decreto non « fanno ostacolo per l'avvenire alla facoltà di « disporre del decimo del suo bene, se si hanno degli eredi in linea diretta, o del sesto, « se non si hanno, che degli eredi collaterali ».

Codesta redazione era chiara. Il suo senso ed i suoi effetti lo divennero anche più per questo responso della convenzione (3) « che in « avvenire a qualunque titolo i doni sarebbero « conferiti, non vi sarebbe, che un decimo di « disponibile, se il testatore abbia de' figli, o « il sesto, se non ne abbia, *salve le donazio- « ni tra coniugi* ».

Ed inoltre (4) « che il sistema ristrettivo « (dell'art. 16) non era per le disposizioni « tra coniugi, salvo la riducibilità all'usufrut- « to della metà nel caso, che vi fossero figli ».

Infine l'art. 6 della legge de' 18 piovoso anno 5 dispose « che i vantaggi tra coniugi, « serbati dagli articoli 13 e 14 della legge « del 17 nevoso anno 2 sull'universalità dei « beni dell'autore della disposizione, non s'imputerebbero sul sesto o decimo dichiarato « disponibile tra tutte le persone dall'art. 16 « della legge ».

Epperò la riunione di questi testi non permetteva il dubbio; per lo che la facoltà del cumulo è stata riconosciuta dalla corte di Cassazione il 22 messidoro anno 5 (5). Nè essa aveva de' grandi inconvenienti, comechè l'esiguità della porzione disponibile ordinaria era tale, che riunita alla quota specialmente autorizzata dal coniugo, non cagionava un'ingiusto detrimento alla riserva de' figli.

Questo stato di cose continuò sotto la legge de' 4 germinale anno 8.

Questa legge, che dava una notevole estensione alla quota disponibile ordinaria, si terminava con un articolo, così concepito: « Non « è derogato da questa legge . . . . alle leggi « anteriori, che concernano le disposizioni tra « coniugi ».

Però questi precedenti non potrebbero avere influenza sotto del codice Napoleone.

Il pensiero del legislatore si manifesta nella maniera, con la quale fissa la porzione disponibile relativamente a' coniugi, quando il donante lascia degli ascendenti. Il disponibile a favore del coniuge si compone di quello, ch'è disponibile a favore del terzo, più un'addizione. E perciò non è chiaro, che se tal'è lo stato delle cose per rispetto agli ascendenti, dev'essere lo stesso nel caso, in cui esistono figli, e che la porzione del patrimonio disponibile relativamente al coninge deve nel sistema della legge confondersi sin alla debita concorrenza con la porzione del patrimonio, di cui si può disporre a riguardo di tutti (6)?

Del resto questo appunto è stato benissimo giudicato dalla corte di Cassazione con un'arresto de' 21 di novembre 1842, che ha cassato un arresto della corte di Grenoble (7).

2582. Pertuttavia esiste un arresto della corte di Agen de' 27 di agosto 1810, che ha consacrato il principio del cumulo delle due quote (8).

Trattavasi di un padre, che aveva nove figli, e che per testamento aveva legato la metà di tutti i suoi beni in usufrutto a sua moglie ed il quarto per precapienza in proprietà ai due figli maschi.

La corte decide dapprima, che un padre che ha più di tre figli. può legare un quarto in piena proprietà ad uno o a più dei suoi figli; che dippiù può lasciare metà in usufrutto al suo consorte. Questo è il principio del cumulo espressamente consacrato, ma per renderlo così leggiero per quanto è possibile la corte vuole, che l'usufrutto della moglie si prenda così sulla porzione disponibile donata ai due figli maschi,

(1) V. l'opinione del sig. Laviguerie in Benech. *ibid.*, p. 195. Arresto d'Agen, 27 agosto 1810 (Devill., 3, 2, 345). Grenoble, 26 marzo 1838. (Devill., 42, 1. 897).

(2) V. *sopra*, n. 752.

(3) Decreto de' 22 ventoso anno II, sesta quistione.

(4) Sesta quistione.

(5) Devill., 1, 1, 177.

(6) Signori Toullier, t. V, n. 870. Coin-Delisle sull'art. 1094, n. 14. Bayle-Mouillard, su Grenier, t. IV, p. 115. Delvincourt, t. II, p. 220. Duranton, t. IX, n. 787. Zachariae, t. V, § 689, t. V, p. 208, nota 12. Benech, p. 195.

(7) Devill., 42, 1, 897. V. una nota del sig. Devill., (41, 1, 70), dalla quale risulterebbe, avere la Corte di Cassazione cassato l'arresto di Grenoble su di una copia inesatta, nella quale la parola *proprietà* era stata sostituita alla parola *nuda proprietà*. Questa medesima Corte di Grenoble aveva essa stessa riprovato il cumulo con un arresto de' 10 di aprile 1812 (Devill., 4, 2, 280. Palazzo, 10, 287).

(8) Devill., 3, 2, 345. Benech, p. 186.

Digitized by Google

che sulla porzione riserbata. Con questo temperamento sgrava la riserva di una parte dello usufrutto invece di fargliele sopportare per intiero; il che dovrebbe arrivare, se si ammettesse il cumulo in tutto il suo rigore. Essa ha pensato, l'usufrutto del coniuge essere un peso della successione, e dover gravare ugualmente sulla precapienza e sulle quote degli eredi.

In conseguenza ha deciso, che sui beni della successione, estimati da esperti, sarebbe rilasciato un quarto per precapienza ai figli legatari, e che gli altri tre quarti sarebbero divisi in nove quote uguali, e distribuite ai nove figli del defunto; che in fine sarebbe rilasciato alla vedova in godimento, sua vita durante, la metà tanto della precapienza, che delle porzioni aggiudicate ai nove figli.

Ma questo temperamento manca di logica. Se il padre può esaurire le due quote, perchè menomare la precapienza, della quale ha avuto il dritto di disporre pienamente? Non vi è mezzo termine; o riguardare le due quote disponibili come aggiungentesi l'una all'altra, o confonderle sino alla concorrenza di ciocchè la legge autorizza (1).

2583. Ciò stabilito, ed il cumulo dovendo essere rigettato, vediamo come le due quote debbono essere combinate, onde non recare pregiudizio ai riserbatari.

La combinazione di queste due quote si presenta in due ipotesi: la quota disponibile ordinaria sorpassa quella, che è specialmente stabilita in favore dei coniugi; ovvero non la sorpassa, quando colui, la cui successione si divide, non ha lasciato, che un figlio per erede riservatario. Ed in effetti egli può donare a dei terzi sino alla metà del suo patrimonio giusta l'art. 913, mentre per l'art. 1094 non può donare al suo coniuge, che il quarto in proprietà ed il quarto in usufrutto, ovvero la metà in usufrutto. Al contrario la quota disponibile ordinaria è inferiore alla quota fissata dall'articolo 1094, quando per esempio, il disponente ha lasciato tre figli o un numero maggiore. Non gli è permesso di disporre per rispetto al terzo, se non del quarto, mentre può disporre a favore del suo consorte di un quarto in proprietà e di un quarto in usufrutto, ovvero della metà in usufrutto.

Queste due ipotesi hanno fatto nascere numerose quistioni, ed andiamo a farne oggetto di un attento esame.

2584. E dapprima mettiamoci nel seno della prima ipotesi, e fissiamo la posizione.

Quasi sempre lo sposo dispone della quota coniugale a favore del sopravvivente. Quando in seguito si vede padre di un sol figlio, le sue affezioni possono consigliarlo di disporre a favore di un terzo, ordinariamente di un agnato, di quanto gli resta disponibile sulla quota ordinaria. Egli lo può. Supponiamo, che abbia donato a sua moglie un quarto in proprietà ed un quarto in usufrutto; è padrone di donare il quarto in nuda proprietà a suo fratello, che i suoi pregiudizi agnatizi indurano ad avvantaggiare a spese di suo figlio o di sua figlia. La quota coniugale, della quale ha usato in primo luogo, deve imputarsi sulla quota ordinaria; e siccome quella è più debole di questa, il coniuge conserva il dritto di esaurire con le sue liberalità il rimanente della quota ordinaria, a fine di pervenire al maximum di quello, che il dritto comune gli permette di disporre.

Se al contrario il coniuge ha cominciato dall'esaurire il disponibile ordinario a favore di un terzo, non gli rimane più nulla per vantaggiare sua moglie. La prima disposizione, che è la più forte, ha assorbito la seconda, che è la più debole.

2585. Non vi è in tutto questo nè oscurità nè incertezza. Ma ecco, ove comincia la difficoltà.

Supponiamo, che lo sposo abbia col suo contratto di matrimonio ecceduto a favore di sua moglie i limiti del disponibile coniugale, in modo da donarle dei valori, che raggiungono il maximum del più elevato disponibile. Gli sarà permesso più tardi di operare una sorte di riduzione mentale di questa donazione, e di legare ad un terzo ciocchè avrebbe potuto certamente donargli, se si fosse contenuto nei limiti del disponibile coniugale?

Precisiamo con un esempio la nostra quistione. Tizio dona a Tizia col suo contratto di matrimonio pel caso di sopravvivenza la metà di tutti i suoi beni. Più tardi il matrimonio fa nascere una figlia. Tizio riflette allora, che secondo l'art. 1094 il suo dono non può eccedere un quarto in proprietà ed un quarto in usufrutto, e che per conseguenza Tizia è stata gratificata di qualche cosa dippiù di quello, che la legge permette; in conseguenza lega a suo fratello un quarto in nuda proprietà, che diverrà un quarto in piena proprietà alla morte di Tizia. Di sorte chè nel suo pensiero non toglie a sua figlia più della metà, della quale il dritto comune gli permette di disporre liberamente. Codesta combinazione è regolare? concilia essa i dritti di ognuno?

A prima vista una grave obiezione si trae dell'art. 921 del codice Napoleone, il quale in effetti dispone, che « i donatari, i legatari « del defunto non possono dimandare la ridu-

(1) Trovo pure un arresto della Corte di Riom de' 2 aprile 1841, che favorisce il sistema del cumulo delle due quote, ma che l'addolcisce, facendo gravare sul legato disponibile ordinario fatto ad un figlio, l'usufrutto coniugale anteriormente costituito. (Devill., 41, 2, 328 e seg.) Questo arresto, ch'è stato determinato da circostanze particolari degne di considerazione, incorre in dritto gli stessi rimproveri dell'arresto di Agen

« zione, nè profittarne ». Ora nella specie stabilita il fratello legatario profitta della riduzione fatta sulla moglie. Questa era donataria della metà, e non doveva essere ridotta, che nell'interesse di sua figlia; e nondimeno ecco, che non è sua figlia quella, che raccoglie il benefizio della riduzione, ma è un legatario estraneo quello, che viene a ledere una donazione irrevocabile per sua natura, e ch'è riducibile soltanto in un interesse diverso dal suo.

Codesta obiezione è sembrata così grave alla corte di Bordeaux, che ne ha fatto la base di un arresto, di cui ecco la specie. Un signore Dupeyron aveva donato col suo contratto di matrimonio alla sua futura sposa l'usufrutto di tutt'i beni propri, tanto mobili che immobili ch'ei lascerebbe. Nulladimeno aveva aggiunto, che questa donazione subirebbe le riduzioni volute dalla legge nei casi, che determina.

Ebbe un figlio nato da questo matrimonio.

In seguito fece per testamento un legato universale ad un parente, o morì prima di sua moglie. È importante di osservare, che il figlio riservatario guardò il silenzio sulla donazione fatta a sua madre, nè ne chiese la riduzione.

Il solo legatario universale preteso, che per la stessa volontà del defunto la donazione dell'usufrutto, fatta alla vedova, era ridotta alla metà de' beni, e che per conseguenza il suo legato doveva ancora eseguirsi sul complemento della quota disponibile fissata dalla legge alla metà in piena proprietà, quando vi è un sol figlio.

Ma questa pretensione è stata rigettata dal tribunale, e sull'appello della corte di Bordeaux (1).

« Attesochè la donazione dell'usufrutto dell'intiera successione equivale alla donazione « della metà in piena proprietà; che perciò « la disposizione contrattuale, fatta da Dupeyron a favore di sua moglie, ha completamente « esaurita la sua facoltà di disporre; epperò « le sue altre disposizioni non possono avere « effetto; che vanamente il legatario obietta, « che il figlio riservatario potrà fare ridurre « la disposizione contrattuale fatt'a favore di « sua madre ad una metà in usufrutto solamente a' termini dell'art. 1094; il che lascerebbe una metà in nuda proprietà per la « disposizione testamentaria, fatta a suo favore ».

« Che l'azione di riduzione è tutta personale del figlio riservatario, ch'è libero di « esercitarla o di rinunziarvi; che ogni altra « persona, sia creditore, sia legatario, non « può, quale che sia il suo interesse, nè esercitarla, nè neppure profittarne, quando vien « esercitata...;

« Che ogni disposizione tra coniugi, eccedente la quota prescritta dall'art. 1094 non « è nulla di pieno dritto...., ch'è valida nel « suo intiero, salvo a subire nel caso e nell'interesse de' figli, che potranno sopravvenire, « la riduzione, che la legge permette di domandare.... ;

« Che se il donante aggiunge, che questa « donazione subirà le riduzioni volute dalla « legge nel caso, che determina, non fa che « esprimere più forte questa verità; che questa disposizione universale ed assoluta nella « sua intenzione non potrà restringersi, che « per l'esercizio dell'azione di riduzione nel « caso e sotto le condizioni prescritte dalla « legge .... ed unicamente nell'interesse dei « figli, a' quali soltanto l'azione di riduzione è « aperta;

« Che infatti la riduzione non è stata dimandata, e la disposizione contrattuale è stata « eseguita per lo intero ».

2586. Questa soluzione, che sembra a primo colpo d'occhio perfettamente logica, perde dopo un serio esame tutta la sua autorità. L'articolo 921 non potrebbe proteggerla, perocchè non è applicabile alla materia, che ci occupa. Eccone la ragione:

L'art. 921 è scritto per il caso, in cui vi è una sola quota disponibile. Si concepisce, che allora non si ammette reclamo contro le liberalità eccessive, se non da parte de' riservatari, perchè essi soli sono i lesi. Quello, ch'è donato al di sopra del disponibile, è preso sulla loro legittima, e solamente a causa di questa inofficiosità del disponente la sua liberalità, d'altronde irrevocabile, è soggetta a riduzione. I figli in qualche modo non fanno, che reclamare la restituzione di quello, che nell'origine loro apparticne, e ch'è stato loro indebitamente tolto. Epperò essi hanno dritto di alzare la voce, ma chi potrebbe comprendere la doglianza di un terzo, al quale il disponente non doveva nulla? Quale motivo avrebbe di criticare una donazione eccessiva fatta prima della sua? Forse relativamente a lui non era tutto disponibile?

Non è lo stesso quando, come nella materia tutta speciale, che ci occupa, vi sono due quote disponibili, che debbono conciliarsi. Quando il donante si effonde in liberalità esagerate sul coniuge, che non può ricevere, che in un certo limite, quando gli dona più di quello, che la legge permette, quando per esempio gli dona la metà di tutti i suoi beni, mentre l'art. 1094 non permette di donare, che un quarto in proprietà ed un quarto in usufrutto, lede (notiamo bene ciò) non già la riserva, ma la seconda quota disponibile, o per questa ragione si deve autorizzare il donatario di questa seconda

(1) 2 aprile 1852 (Devill., 52, 2, 530).

porzione a reclamare per fare cessare una tale lesione. Diciamo, che il donante non lede la riserva; ed in effetti nella specie proposta essa è della metà, e supponiamo che il figlio ha la sua metà intatta. Di che dunque questo figlio si dorrebbe, mentre ha avuto la sua legittima? Ove starebbe l' interesse, che potrebbe motivare la sua querela d' inofficiosità? Aggiungiamo, che il disponente ha lesa la seconda quota disponibile, e nulla è più evidente; dapoichè su di che avrebbe egli commesso un tal'eccesso di potere, se la riserva rimane sana e salva? Se dunque ha donato a sua moglie più del *maximum* autorizzato dall' art. 1094, l' ha arricchita a spese della seconda quota disponibile. E siccome il donatario estraneo ha interesse, che la sua donazione abbia il suo effetto, rispettando la riserva, si diriga alla moglie, ed otterrà in nome dell' art. 1094, in nome della libertà del disponente, e della sua espressa volontà, che la liberalità, della qual'è stato l' obietto, riceva esecuzione sino alla concorrenza della più alta porzione disponibile. Il coniuge nell' ipotesi, che qui ci occupa, non può ricevere tutta la quota disponibile ordinaria. Ora se il disponente gliel' ha donata, perchè non potrebb' egli ritirare l'eccedente? Perchè non potrebbe donarlo ad altri? Non è egli ripulato di avere donato salva la riduzione, che degli avvenimenti ulteriori ed imprevedutі renderebbero obbligatoria?

Si vede dunque perchè l'articolo 921 non è applicabile al nostro subietto; esso suppone un danno recato alla legittima, una diminuzione della riserva, che deve sempre restare intatta. Qui per lo contrario la legittima non è scemata, ed ogni querela d'inofficiosità sarebbe fuori di proposito. L' art. 1094 resterebbe senza valore e come una lettera morta, se il donatario della seconda quota disponibile non potesse riprendere sul coniuge quello, che gli è stato donato di soverchio. A lui la donazione eccessiva reca pregiudizio, ed il suo terreno essa usurpa, epperò egli ha azione per fare rispettare l' uso, che il donante ha fatto relativamente a lui di quello, che l' art. 1094 rendeva disponibile nelle sue mani (1).

Indarno direbbesi, che contra tutti i principii egli profitta della riduzione, perciocchè questo un evidente errore. Profittare della riduzione nel senso dell'art. 921 è profittare della riserva. Ora il secondo donatario non profitta qui, che di una parte del disponibile ordinario, lasciato libero in suo favore.

Egli è vero, che questo risultamento conduce ad una singolarità. È stato detto nell'art. 1094, che nell' interesse del figlio il coniuge non potrebbe ricevere tutta la quota disponibile ordinaria. Sembra dunque, che il figlio dovrebbe profittare della riduzione, e non apertamente gli si chiude la bocca; gli si dice che è senza interesse, e si fa volgere la riduzione a favore di un terzo.

Rispondiamo, non essere straordinario in giurisprudenza di vedere delle persone profittare di una legge, della quale non sono la prima causa. La legge non permette di donare tutto il disponibile ad un coniuge. Ma poichè non toglie al donante il dritto di usare di questo disponibile secondo il dritto comune, lo lascia nella sua libertà relativamente ad ogni altro. Ora questa libertà non sarebbe una vana parola, se colui, in di cui favore ne usa, non avesse azione per farla rispettare nel suo legittimo esercizio. Forse la libertà civile non è eminentemente degna dei nostri rispetti? Forse la volontà dei moribondi deve essere calpestata? Forse, salve le riserve, il patrimonio del defunto non deve essere diviso secondo la sua suprema volontà? Forse non vi è in ciò un interesse di prim' ordine, che risponde ad ogni obiezione?

Ora si tenta di prevalersi dell' art. 923 del codice Napoleone in luogo dell' art. 924, che sfugge, e si dice:

L' ultima donazione dev' essere ridotta innanzi della precedente, nè si può ridurre questa, che in quanto quella non esiste più. Come dunque sarebbe possibile, che nella nostra specie si farebbe una riduzione sulla prima donazione, onde venire in soccorso della seconda, la quale in dritto deve rimanere senza effetto?

Ma nel fondo quest' argomento non ha veruna forza. Noi facciamo gran conto del principio stabilito dall' art. 923, e quello, che lo prova si è, che cominciamo dal ridurre la seconda donazione fatta sulla seconda porzione disponibile (2). Solamente come la prima donazione presa sulla quota disponibile coniugale ha indebitamente tolta qualche cosa a'la quota disponibile ordinaria, ne facciamo la restituzione a questa. Noi dunque applichiamo l'articolo 923, ma non lo facciamo servire ad aumentare la legittima ed a restringere la facoltà di disporre (3).

2587 Nella specie sulla quale la corte di Bordeaux ha pronunziato, vi era una particolare ragione di pronunziare nel nostro senso, e si era, che il donante aveva egli stesso prescritto di ridurre la donazione, che egli faceva, alla misura fissata dalla legge. La corte non ha messo importanza a questa clausola; il che è un vedere la cosa con troppa sciolteza, perciocchè con ciò il donante ha dichiarato volersi riserbare di disporre a favore di un altro di tutto

(1) Duranton, t. VIII, n. 347. Zachariae, t. V, p. 168.
(2) *Infra*, n. 2613.
(3) V. *infra*, n. 2727 e seg., una quistione analoga, quando si tratto di un dono fatto ad un secondo coniuge. Si vedrà perchè diamo una soluzione differente.

Digitized by Google

quello, di cui non avrebbe potuto disporre a favore del coniuge; egli ha voluto, per quanto fosse d'uopo, far ricadere sotto la sua mano ed in suo potere quella, che verrebbe tolto al donatario. Era forse permesso di passare dinanzi questa volontà espressa, senza rispettarla o darle appoggio?

Ora quella, che il donante aveva altamente espresso nell'affare di Bordeaux, bisogna sottintenderlo in tutti i casi. Un tal pensiero è nella natura delle cose, risulta dalle situazioni, è comandata dalla varietà degli avvenimenti, che pendente il matrimonio possono influire sulla capacità del donante; risponde ai desideri del padre di famiglia, che lega un gran prezzo alla facoltà di disporre dei suoi beni con indipendenza nella più larga misura possibile.

2588. Del resto la giurisprudenza sembra allontanarsi intieramente dal punto di vista della corte di Bordeaux, e favorire l'opinione, che abbiamo esposta.

Passiamo le specie a rivista.

Un signor Turle aveva col suo contratto di matrimonio fatta donazione alla sua futura sposa dell'usufrutto della totalità dei beni, che lascerebbe nel giorno della sua morte.

Lega la metà dei suoi beni a suo fratello, e muore lasciando un figlio per erede. Sorge immediatamente una causa tra la moglie, il figlio, ed il legatario per regolare i dritti rispettivi.

Il tribunale di Gaillac decide, che la vedova avrà l'usufrutto della metà della successione, il legatario avrà la nuda proprietà, ed il figlio prenderà la piena proprietà dell'altra metà. La sua sentenza è motivata con forza. Dimostra la donazione fatta alla moglie contenere in se una causa di riduzione, poichè eccede i limiti dell'art. 1094; che bisogna restringerla a dei dritti di usufrutto, poichè il donante non ha voluto donarle la proprietà; che l'eccedente deve essere attribuito nei limiti della quota disponibile al fratello; che la vedova non potrebbe dolersi del legato, perchè ella ha quello, che la riduzione permette di lasciarle; che il figlio neppure ha dritto a lagnarsi, perchè gli è dovuto soltanto la sua riserva legale, ed egli la riceve per intiera.

Sull'appello il figlio si tenne da parte, dichiarandosi soddisfatto; la sola vedova sostenne la discussione, ma la corte di Tolosa annullò il suo appello con arresto del 1 di febbraio 1827 (1):

« Attesochè la signora Deze, vedova Turle « riconosce ella stessa, che la donazione fattale « nel suo contratto di matrimonio deve essere « ridotta all'usufrutto della metà dei beni di « suo marito; che il figlio unico del sig. Turle « non ha diritto a dolersi delle liberalità fatte « da suo padre, che per quanto scemano la « sua riserva legale; che nella divisione quale « è stato ordinata dai primi giudici, il figlio « riceve la sua riserva intiera, poichè gli si attribuisce la metà dei beni di suo padre in « piena proprietà; che quindi il tutore speciale « di Emmanuele Turle (il figlio erede riservatario) non ha interposto appello da questa « decisione; che la sentenza impugnata attribuisce da un altro lato alla vedova tutto « quello, che dimanda, e tutto quello, che ha « dritto di ottenere; che inoltre il suo appello « è senza motivi; che non ha veruna qualità, « nè verun interesse per dolersi di una decisione, che ha rispettato i dritti di tutti e specialmente i suoi... ecc. » (a).

2589. Ma ecco un arresto anche più significativo, emanato dalla corte di cassazione:

Pel contratto di matrimonio del 1809 il signor di Charentais e la sua futura sposa si sono fatti una donazione reciproca al sopravvivente di loro dell'usufrutto di tutti i beni, che lascerebbero nella loro morte.

Più tardi un'ordinanza reale dei 7 di decembre 1826 ha eretta la terra di Charentais in maggiorato col titolo di barone a favore del signore di Charentais e dei discendenti maschi per ordine di primogenitura.

Il signore di Charentais è morto il 6 di settembre 1846 lasciando due figli, il figlio chiamato al maggiorato, ed una figlia la signora Pavy.

La vedova dichiara di accettare la donazione contrattuale ridotta alla metà a causa dei figli, e ne paga i dritti alla regia. Subito intenta un'azione di divisione, e dichiara di rinunziare al suo usufrutto anche ridotto alla metà, e ciò per fare valere il maggiorato di suo figlio. Sua figlia vi si oppone; essa protesta contra la rinunzia di sua madre, sostenendo, essere tardiva, e che d'altronde nuoce ai di lei propri interessi. Ella dimanda la nullità del maggiorato, comechè la donazione di usufrutto fatta a sua madre col contratto di matrimonio assorbiva tutta la quota disponibile, e non aveva lasciato al padre nulla di libero.

Il notaio incaricato della liquidazione credè di dovere tener conto della rinunzia. In conseguenza cominciò dal regolare la porzione dei beni annessi al maggiorato. E questa destinazione assorbendo la quota disponibile ordinaria fissata dall'art. 913, restrinse i dritti della si-

(1) Dovill., 8, 2, 324.

(a) Pare a noi, che quest'arresto non poss'avere molta influenza nella quistione, dapoichè la decide senza discuterla per l'acquiescenza delle parti. E per verità la vedova aveva prodotto appello, ma riteneva l'attribuzione, che l'era stata fatta. Il figlio poi non aveva neppure appellato. Per lo che il quarto in nuda proprietà, che sarebbe stato compreso nel disponibile della moglie, non veniva dimandato nè da questa nè dal figlio, ed era giusto, che rimanesse al legatario. *Il trad.*

gnora Charentais ell'usufrutto di un sesto della successione.

La signora di Charentais e sua figlia la signora Pavy attaccarono questa liquidazione. Sostennero la rinunzia essere nulla, dapoichè i vantaggi fatti alla signora di Charentais non lasciando al maggiorato una sufficiente dotazione, il maggiorato diveniva nullo; che quindi la sola liberalità, alla quale bisognava por mente, era quella fatta col contratto di matrimonio, riducendola nei limiti dell'art. 1094. Solamente la signora di Charentais voleva, che il suo usufrutto fosse convertito nell' attribuzione di un quarto in proprietà e di un quarto in usufrutto.

Impadronito della causa, il tribunale di prima istanza di Tours dichiarò nulla e di niun effetto la rinunzia della signora di Charentais; esaminò in conseguenza la forza della donazione contrattuale fattale; pensò, che l' usufrutto ridotto alla metà dall'art. 1094, equivaleva ad un quarto in proprietà, e che in conseguenza il maggiorato costituito dopo a favore del figlio, doveva valere sino alla concorrenza dell' eccedente del terzo sul quarto, vale a dire su di un dodicesimo della successione.

Sull' appello, arresto della corte di Orleans dei 4 di agosto 1849 (1) che annullò l'appello.

Sul ricorso diretto dalla signora Pavy contra di questo arresto si faceva fondamento su che l'usufrutto donato alla moglie, aveva assorbito la quota disponibile, e che il marito, generoso verso sua moglie, non aveva più nulla a donare nè agli estranei nè ai suoi figli. La signora Pavy si prevaleva pure della violazione degli art. 921 e 923 del codice Napoleone, perciocchè l' arresto impugnato per ridurre le donazioni, che ledevano la riserva, invece di fare gravare la riduzione dapprima sul maggiorato, che costituiva la più recente liberalità, l' aveva fatta gravare sulla donazione dell' usufrutto di tutti i beni, fatta a favore della signora di Charentais, che aveva ridotta di una intiera metà. Ma la corte di cassazione il 12 di gennaro 1853 ha rigettato il ricorso « attesochè il figlio, la « cui riserva è intatta, non ha nulla a discutere « nella quistione sul modo di riducibilità, che « viene adoprato tra i donatari; e che perciò « la signora Povy, che trova i mezzi di farsi « rilasciare il terzo, che compone la sua por- « zione legittima, non ha da argomentare dagli « art. 921 e 923 del codice Napoleone, nè do- « lersi di non essere stata ridotta per la prima « la più recente delle donazioni (2) ».

Questo arresto è tanto più rimarchevole, quantochè è renduto precisamente contra del figlio, e decide, nettamente, che quando il figlio ha avuto la sua legittima, non ha dritto d' impedire al legatario di prendere sulla riserva ordinaria quello, che la limitazione della riserva coniugale resta disponibile (a).

Nè bisogna credere esistere una dottrina contraria nell' arresto della corte di cassazione dei 5 di agosto 1846. che abbiamo avuto occasione di citare più sopra (3). Quando si esamina da presso questa decisione, se ne trova facilmente la chiave. Tutto quello, che intende di decidere, si è, che il legatario non deve torre nè al riservatario nè al donatario contrattuale, se non quanto è necessario, essendo intatta la riserva, per dargli quello, che gli è stato donato, e che non deve profittare di nulla al di là dei limiti della liberalità. Nella specie l' arresto attaccato aveva attribuito al legatario un emolumento, che oltrepassava i limiti del legato, di cui era gratificato. Ed in questo senso la corte di cassazione cassando questo arresto, ha deciso, non dover egli profittare della riduzione; nulla è più evidente.

Bisogna rivenire sui fatti:

Si rammenta, che per contratto di matrimonio dei 19 di giugno 1826 i coniugi Cassaigne si erano donati sotto la condizione di sopravvivenza l'usufrutto di una somma di 30000 franchi. Da questo matrimonio era nato un figlio, Teofilo Cassaigne. Morte della moglie Cassaigne nel 1841. Col suo testamento lega il terzo della sua successione a suo padre il sig. Devaux.

Secondo quest' ultimo la successione della moglie Cassaigne non conteneva per totalità di valore, che i 30 mila franchi costituiti in dote. Epperò egli cita il marito nella sua qualità di tutore di suo figlio minore, perchè gli paghi i 10,000 franchi, che componevano il terzo a lui legato, o per lo meno 7500 franchi, che formavano il quarto con gl'interessi dal giorno della dimanda. Perchè il quarto? Il tribunale, che adotta questo sistema, ce lo dirà; la donazione contrattuale si è forzosamente ridotta allo usufrutto della metà dei 30,000 franchi, che formano tutta la successione della defunta. Ora questo usufrutto equivale ad un quarto in proprietà, avuto riguardo all' età di Cassaigne e giusta una regola ammessa in giurisprudenza. Dunque nell' epoca del suo testamento la signora Cassaigne non aveva a sua disposizione, che il rimanente quarto, ed ha potuto disporne a favore di suo padre.

Appella da parte di Cassaigne così per lui, che per suo figlio minore. Sostiene, che gli si avrebbe dovuto attribuire un quarto in proprietà ed un quarto in usufrutto, maximum

(1) Devill., 50, 2, 202.
(2) Devill., 53, 1, 71.
(a) Quest' arresto prova pure, che la limitazione assoluta della riserva coniugale non si volga a favore del figlio, ma del legatario, di talchè le considerazioni a favore de' figli non possono farsi valere come argomento nella dottrina, sostenuta dal nostro autore. *Il trad.*
(3) *Sopra*, n. 929.

Digitized by Google

della quota disponibile fissata dall' art. 1094, e che perciò riveniva a Deveaux un sol quarto in nuda proprietà.

Con arresto de' 2 di febbraio 1844 la corte d' Agen dichiara, che indubitatamente con ragione il tribunale ha conservato al dono fatto al marito la sua natura di usufrutto, ma, che nulla l' autorizzava a convertirlo in proprietà per dar effetto al legato Devaux, che non poteva modificare in nulla il dono contrattuale anteriore; che la successione trovandosi assorbita primieramente dalla riserva del figlio, indi dal dono fatto a Cassaigne per l' usufrutto dell' altra metà, il legato del padre non poteva avere effetto, che per la nuda proprietà di quest' ultima metà.

Ricorso di Cassaigne tanto in suo nome, che come tutore di suo figlio minore.

Si è pronunziata la riduzione sulla dimanda di un legatario, che secondo l' art. 921 del codice Napoleone non poteva dimandare questa riduzione, nè profittarne. Devaux poteva dimandare una cosa sola, la valutazione dell'usufrutto, e se restava provato, che il legato esaurisse la quota disponibile, non aveva nulla da dimandare; s' era inferiore, poteva dimandare il rimanente.

Ora il dono universale di usufrutto di 30,000 franchi, fatto al marito, equivaleva al dono della metà in proprietà. Da che procede, nulla più restare pel legatario. Epperò la corte non gli ha attribuito qualche cosa, se non violando l' art. 921, concedendogli un' azione di riduzione, che non esista per lui.

Ed è da osservare, che il legatario, che giusta il testamento avrebbe avuto dritto solo al terzo, vale a dire a 10,000 franchi, riceve un capitale di 15 mila franchi.

Infine l' arresto ha privato il figlio del beneficio dell' art. 917, che gli dà l' ozione di eseguira l' usufrutto o di abbandonare la quota disponibile; il quale articolo è applicabile alla materia delle donazioni tra coniugi.

Su che la corte, camera civile, sul rapporto del signor Miller,

« Veduto ecc. ecc.

« Attesochè per mezzo della donazione tra vivi contenuta nel contratto di matrimonio, la signora Cassaigne non ha lasciato nella sua successione, che la nuda proprietà della somma di 30, 000 franchi ».

« Che Devaux nella sua qualità di legatario non può ai termini dell' art. 921 del codice Napoleone profittare della riduzione della donazione, riduzione, che solo ha dritto di dimandare e di ottenere l' erede riservatario;

« Che perciò qual esser possa il modo di regolare i dritti tra questo erede ed il donatario contrattuale, Devaux padre non potrebbe in verun caso reclamare al di là del terzo di quello, che esiste nella successione, vale a dire il terzo della nuda proprietà della somma di 30000 franchi;

« Attesochè quindi nell' attribuirgli la nuda proprietà della metà della somma, l'arresto attaccato ha espressamente violato l'art. 921 del cod. civ.;

« Cassa ecc.

Lo si vede: La corte di Agen aveva dato al padre più di quello, che il suo legato gli attribuiva, e la corte di cassazione gli oppone l'articolo 921 per obbligarlo a rimanere per lo meno nei limiti assegnati dalla testatrice alla sua liberalità (a).

2590. Avviciniamoci ora alla seconda ipotesi, quella nella quale la porzione disponibile

(a) Ci sembra impossibile di non ritenere, che il riferito arresto della Corte di Cassazione di Francia, formi espressamente la massima, che l' art. 921 del Codice Napoleone è applicabile alle donazioni tra' coniugi, e che il legatario non può nè dimandare nè ottenere la riduzione di una donazione a favore di uno de' coniugi fatta dall' altro al di là del disponibile coniugale. La Corte lo dice nelle sue considerazioni, e l'applica nel dispositivo. La Corte di Agen aveva prima detratta la riserva dall' ammontare della successione, ed aveva questa limitata alla metà de' 30,000 franchi. Indi aveva ridotta la donazione a favore del coniuge all' usufrutto della metà di detta successione, adottando in questa parte quello, che i primi giudici avevano fatto; così era rimasta la nuda proprietà di questa metà, che come residuo dell' eredità, inferiore al legato, la Corte aveva attribuito al legatario.

Ora questo, secondo noi, è precisamente il sistema del nostro autore. La riserva è prelevata; la discussione cade sul disponibile; il disponibile coniugale, trattandosi di disposizione in semplice usufrutto, era dell'usufrutto della metà della successione; a questa misura viene dunque ridotta la donazione del coniuge, e la nuda proprietà di questa stessa metà, ch' è la differenza tra il disponibile coniugale e quell' ordinario, è attribuito al legatario, il quale non riceve più del suo legato, perchè il terzo in piena proprietà non è minore della metà in semplice usufrutto.

Che cosa invece ha fatto la Corte di Cassazione? Ha ritenuto relativamente al legatario nella sua integrità la donazione a favore del coniuge, di talchè ha trovata ridotta la successione alla nuda proprietà de' 30,000 franchi, ed ha quindi circoscritto l' effetto del legato alla terza parte di questa nuda proprietà. È difficile di ritenere che la Corte di Cassazione *abbia forzato il legatario a contenersi per lo meno ne' limiti della liberalità*, perchè la terza parte in piena proprietà e la terza parte in nuda proprietà non sono per certo la medesima cosa; ed il legatario, che perde il terzo in nuda proprietà, nol perderebbe, o perderebbe meno, se facendo salva la riserva, potesse obbligare il coniuge donatario a contenersi ne' limiti del disponibile coniugale. Questa è la dottrina, che la Corte di Cassazione ha censurata, e questa, sembra a noi, essere la dottrina del nostro autore.

In quanto a noi non ci sappiamo piegare ad una teoria, che mettendo il figlio al cospetto di uno de' suoi genitori o di un estraneo, gli accorda la facoltà di potere limitare contra del primo una disposizione, che non potrebbe limitare contra del secondo. Se Tizio dona la metà del suo patrimonio ad un estraneo, suo figlio dovrà rispettare il giudizio paterno, e contentarsi del-

tra coniugi è superiore alla porzione disponibile relativamente ai terzi. Ed abbiamo già detto incontrarsi tal circostanza, quando il defunto ha lasciato tre figli o più o degli ascendenti.

È primieramente tra mezzo le difficoltà, che la materia solleva, un primo punto deve chiarirsi, ed è, che le due quote dell' art. 913 e 1094 debbono combinarsi insieme, e fondersi per così dire, e che da tutta questa riunione il disponente può fare nascere delle liberalità e pel suo coniuge e pei terzi a condizione però, che ciascuno dei beneficiari non riceva più di quello, che è autorizzato dalla quota, che gli è propria.

Per esempio un coniuge, che ha tre figlie, dona a suo fratello il quarto disponibile per porlo in istato da sostenere meglio il nome della famiglia. Poi volendo riconoscere le testimonianze di affetto di sua moglie, le lega l' usufrutto di un quarto. Con ciò si trova esaurito il *maximum* delle due quote disponibili combinate. Il padre ha preso dall' art. 913 il dritto di donare il quarto a suo fratello, e ne ha usato duramente in pregiudizio delle sue figlie. Ha improntato dall' art. 1094 il dritto di donare un altro quarto in usufrutto a sua moglie, ed anche questo a danno delle figlie. Ma in dritto ciò non importa, ed egli ha potuto far coinei dere queste due disposizioni.

2591. Su di ciò il signor Grenier ha emessa una opinione singolare. Egli ha preteso, che il disponente per potere attribuire al suo coniuge il quarto in usufrutto, che giusta l' art. 1094 può essere donato al di sopra del quarto disponibile ordinario, bisogna, che abbia cominciato dal donarle questo quarto disponibile ordinario. Il quarto in usufrutto è un accessorio inseparabile del quarto ordinario: nè si può dividerli per donare ad un estraneo il quarto disponibile e per donare al coniuge il quarto in usufrutto.

L' art. 1094 è stato fatto pel caso, in cui la quota ordinaria non bastasse allo spirito di liberalità, di cui un coniuge è animato verso dell'altro. Epperò onde sia applicabile, è d'uopo, che la quota ordinaria sia stata esaurita a favore del coniuge, e che il donante non si trovi ancora soddisfatto della sua generosità.

In una parola la quota fissata dall'art. 1094 è una ed indivisibile; bisogna donarla, come questo articolo vuole, vale a dire tutta intiera al coniuge solamente, ovvero restringersi alla quota indicata dall' art. 913.

La semplice esposizione di questa dottrina basta per farla rifiutare; per lo che non ha trovato verun appoggio nella giurisprudenza, ed il signor Grenier ha finito con abbandonarla(1).

Ed in effetti sarebbe singolare, che colui, che può donare il più, non fosse padrone di donare il meno. Il coniuge non perde col suo contratto di matrimonio il dritto di disporre della parte libera del suo patrimonio, come lo stimo conveniente. Il quarto ordinario non potrebbe essere tolto dal dritto comune, ed i riservatari non hanno veruna ragione legale di dolersi, che passi ad un terzo, poichè il disponente non ha fatto, che usare del suo dritto. Ed in quanto al quarto in usufrutto, è forse ragio-

l' altro metà, ma se egli dona quella stessa metà a sua moglie, che ha diviso con lui gli stenti ed i dispiaceri della vita, che ha lavorato con lui, e con lui gareggiato nelle più affettuose cure verso del figlio comune, costui è autorizzato ad insorgere in nome della legge contro il giudizio paterno, ed in nome di questa stessa legge ci può strappare a sua madre quello, che non potrebbe torre ad un estraneo. Questo risultamento è contrario alla morale, ed una interpretazione, che vi conduce, non può esser vera.

Nè una tale obbiezione vien meno per la considerazione, che è d' uopo di frenare la liberalità più relativamente al coniuge, che verso l'estraneo, comechè si è più facile di eccedere per riguardo al primo che pel secondo. La legge ha provveduto a questo bisogno di porre un argine all' influenza di uno de' coniugi sull'altro col determinare la capacità di ricevere tra coniugi. Quando si tratta di stabilire la quota disponibile, prevalgono motivi di un ordine diverso; allora è il favore de' riservatari quello, che detta la disposizione del legislatore, e rimarrà sempre logicamente vero, che se i riguardi dovuti all' esistenza di un figlio hanno deciso il legislatore a limitare alla sola metà della successione la riserva concessagli, questi riguardi ricevono una giusta e larga applicazione, circoscrivendosi la disposizione all' altra metà, e si va oltre il voto della legge, allorchè si mira a restrizioni maggiori, volendosi più di quello, che la legge vuole. Parlando della quota disponibile ordinaria, il nostro autore ha scritto: « i riservatari non hanno veruna ragione legale di dolersi, « che passi ad un terzo, poichè il disponente non ha « fatto, che usare del suo diritto (*) ». E sembra a noi impossibile, che tal ragione legale possa sorgere, quando la disposizione è a favore del coniuge.

Ma è poi sorprendente a nostro modo di vedere, che codeste restrizioni si dimandano ad una legge fatta in favore di colui, in danno del quale si applica. Nel determinare la quota disponibile il legislatore ha creduto di dover fare una eccezione al disponibile ordinario ed ampliarlo a favore di uno de' due coniugi per motivi, ch' è inutile di qui ripetere. Ebbene questa disposizione, che ha mirato a dare al coniuge più di quello, che si può dare ad un estraneo, si vuole interpretare per modo, che il coniuge abbia meno di quello, che l' estraneo può avere, convertendosi così *in odium*, la legge dettata *in favorem*.

Questo ci sembra illegale pe' principî generali, perchè *quod favore quarumdam constitutum est, quibusdam casibus ad laesionem eorum nolumus inventum videri* (**), e ci sembra illegalissimo nella sua applicazione, sia quando concerne il favore del figlio, sia, ed anche più, quando si volge a favore di un estraneo mercè un' azione, che la legge gli ha espressamente negata. Se non si dubita, che uno possa dare al suo coniuge il disponibile coniugale o ad un terzo la differenza tra esso ed il disponibile ordinario, non ci sembra nè morale, nè logico, nè giuridico, che non possa darlo allo stesso coniuge. *Il traduttore.*

(1) N.584, t IV, p.100 e 101, ediz. di Baylo-Mouillard.

(*) N. 2591, comma 4.

(**) L. 6, C. de legib.

nevole di vea re n dire,che non avendo la moglie la totalità del disponibile, non deve profittare della frazione, che è stata aggiunta a suo favore, e che la indeoozza per lo meno in parte?

2592. Nè potrebbe essere diversamente, quando il disponente avesse distribuito le sue liberalità mercè on sol testamento e non per atti tra vivi o successuri.

A ciò si obietta, che non esseado il disponente legato da veruna liberalità anteriore, ha dovuto eomiaciare dal soddisfare la sua affezione o la sua riconosceaza verso del suo coniuge; ma ebo se viene contemporaneamente a fare un vantaggio ad un terzo estraneo, costui profitta in realità dell'estensione della quota contenuta nell'articolo 1094.

È facile di rispondere, che essendovi due porzioni disponibili distinte, il disponente ha ben potuto distinguerle. Ora quello, che ha donato all'estraneo, egli lo ha preso sul disponibile ordinario; quello, ehe ha donato al suo coniuge, lo ha preso sul disponibile coniugale nei limiti della legge. Ciascuno adunque profitta del disponibile, che gli è assegnato: ciascuno resta nel circolo distinto, che gli appartiene (1).

2593. Nulladimeno la quistione può sembrare più delicata, almeno a primo colpo d'occhio, quando il riservatario è un ascendente. Ed in effetti vi sono nell'art. 1094 delle espressioni, che in mancanza di buone ragioni potrebbero fare supporre, che l'usufrutto della riserva, disponibile a favore del coniuge, non gli possa essere donato, che quando ha ricevuto nel tempo stesso tutto il disponibile ordinario. « Egli « potrà disporre a favore dell'altro coniuge, « in proprietà, di tutto quello, di cui potrebbe « disporre in favore di un estraneo, ed inoltro « dell'usufrutto della totalità della porzione, « di cui la legge vieta la disposizione in pre« giudizio degli eredi ». Questa parola « inol« tre » è quella, che fa la forza dell'opinione, ehe vuole, ehe il coniuge debba assorbire il disponibile ordinario per potere raccogliere il disponibile straordinario. Se no troe argomento per sostenere essere l'usufrutto un accessorio, ebe manca di base, quando non viene ad aggiungersi al disponibile ordinario, riconosciuto insufficiente per soddisfare l'affezione coniugale.

Ma noi non siamo tocchi da questo argomento, che riposa sul senso apparente delle parole e non sul loro senso reale. Il legislatore se ne è servito per mostrare, ebo in effetti il coniuge può essere vantaggiato al di là del limite ordinario, senzachè esse abbiano la forza di privare il disponente della facoltà creata in suo favore dal dritto comune di fare delle liberalità a degli estranei.

Del resto questo è stato giudicato di una maniera precisa dalla corte di cassazione nella specie seguente:

Uo signore Bonnemain aveva donato per testamento al suo sposo il godimento della sua intiera eredità, ed aveva istituito per suo erede universale sua madre.

Egli morì, lasciando sua madre tuttavia vivente.

Sulla divisione si sostenne in nome della madre: dapprima, che il defunto non aveva voluto legare a sua moglie l'usufrutto della riserva, e dippiù, che anche voleodolo, non ne avrebbe avuto il dritto; dapoichè solamente dopo di avere esaurito a favore di sua moglie tutta la porzione disponibile del diritto comune, egli avrebbe potuto farle l'esorbitante vantaggio dell'usufrutto della parte riserbata agli ascendenti.

La corte di Tolosa non ammise questa interpretazione dell'art. 1094.

Sul ricorso in cassazione il signor Delangle, allora avvocato generale, prestò l'appoggio di una viva argomentazione alla tesi sostenuta nell'interesse dell'ascendente. Egli invocò la espressione « inoltre » adoprata nell'art. 1094, per trarne la pruova, che l'usufrutto tolto agli ascendenti, doveva aggiungersi alle disposizioni già fatte a favore del coniuge nei limiti ordinari; che questo usufrutto non era, che un supplimento stabilito per permettere al coniuge di completare la sua opera, e di sorpassare i limiti, nei quali la sua affezione si trovava troppo stretta. « Il diritto dell'ascendente è stato « diminuito a favore del matrimonio, a causa « del coniuge, in ragione della sua posizione. « Epperò non è logico di conchiudere, che se « il testamento chiama un terzo a raccogliere « una parte dei beni, il caso preveduto dalla « legge non si verifica? che la riserva riprende « tutta la sua forza, l'art. 915 tutta la sua e« nergia, e che se l'ascendente è costretto di « umiliarsi dinanzi al coniuge, questo sacrifizio « non gli è imposto verso di uno straniero? »

Ma la camera civile in contradizione di queste conclusioni ha rigettato il ricorso con arresto del 18 novembre 1840 «... attesochè l'e« stensione della facoltà di disporre data (dallo « art. 1094) ad un coniuge a favore dell'altro « coniuge, che ha per obbietto di stringere i « legami dell'unione coniugale, è tutta perso« nale del coniuge, e ciuno estraneo può pro« fittarne;

« Attesochè nulladimeno non si potrebbe in« durre da ciò, che il coniuge, che dispone a « favore di un estraneo della quota disponibile « determinata dall'art. 915 (a), e dell'usufrutto « della porzione riserbata agli ascendenti a fa« vore del coniuge, fa profittare l'estraneo della

(1) Argomento dell'arresto citato nel n. 2588.

(a) Leggi civili art. 831. *Il trad.*

« estensione contenuta a favore del coniuge « dall' art. 1094, poichè l' estraneo raccoglie « soltanto il disponibile dell' art. 915;

« Attesochè non risulta dai termini, nei quali « è concepito l' art. 1094, che il coniuge non « possa disporre a favore dell' altro coniuge « dell' usufrutto della porzione riserbata agli « ascendenti, se non quando dispone nel tempo « stesso in suo favore della quota disponibile « regolata dall' art. 915;

« Che importa poco all' ascendente, che il « defunto abbia disposto a favore dell' altro « coniuge, così della quota come dell'usufrutto « della riserva, o che abbia disposto a favore « dell' estraneo della quota disponibile, ed in « favore dell'altro coniuge dell' usufrutto della « riserva, perchè queste disposizioni producono relativamente a lui i medesimi effetti, e « che sia per l' una sia per l' altra disposizione « trovasi egli privato dell' usufrutto della por« zione, che gli è riserbata (1). »

Mi pare evidente, che qui vi è la verità, e che il sistema contrario presta alla legge dei pensieri immaginari e delle inamessibili derogazioni al dritto comune.

2594. La medesima quistione si era di già presentata in una ipotesi anche più rimarchevole, ed aveva ricevuto la medesima soluzione.

Un signore Tardy col suo testamento istituì suo nipote erede universale, e legò al suo coniuge l' usufrutto del quarto riserbato a sua madre.

Sua madre gli sopravisse. Si poteva trovare meraviglioso, che non avesse fatto la modica liberalità, che destinava a sua moglie, piuttosto in detrimento del suo legatario universale e sulla quota disponibile, che in detrimento del suo erede riservatario. Si poteva riguardare piucchè in ogni altra ipotesi questa maniera di agire come una deviazione dalle volontà del legislatore.

Nulladimeno la corte di Lione convalidò tutte le disposizioni del testamento, e la corte di cassazione rigettò il ricorso formato contra di questo arresto, perchè « non si può combattere « con delle considerazioni un testo di legge, « che non presenta nè dubbio nè oscurità (2) ».

2595. Tal è il punto di dritto, nè bisogna allontanarsene, se non quando risulta dalla volontà del testatore, che l' usufrutto legato al coniuge in eccedente del disponibile ordinario non deve gravare sulla riserva, ma deve gravare su questo disponibile ed in diminuzione di questo emolumento.

Un signore Troupel aveva col suo testamento legato a sua moglie una rendita in derrate, pagabile dalla sua eredità, ed al suo figlio maggiore il quarto per anteparte di tutti i suoi beni. Morì, lasciando sette figli.

La quistione era di sapere, se la pensione legata alla vedova doveva essere pagata dal quarto legato per anteparte al figlio maggiore sio alla debita concorrenza, ed in caso d' insufficienza sulle rendite della riserva; o se per lo contrario questa pensione doveva pesare sul quarto della riserva, il cui usufrutto, ni termini dello art. 1094, era disponibile a favore del coniuge, e sussidiariamente sul quarto legato al maggiore dei figli.

Il 15 di aprile 1829 (3) sentenza del tribunale di Villeneuve, che ordinò, che la pensione sarebbe pagata sulla rendita del quarto di precapienza secondo l' intenzione del testatore. Egli è vero, che questa sentenza aggiunge una tesi dritto, secondo la quale sembrerebbe, che per regola l' usufrutto supplementario deve imputarsi sul disponibile ordinario.

La corte di Agen con arresto confermativo dei 16 di giugno 1831 è entrata in questa via, ch' è tuttaffatto legale, perchè in quanto concerne questo usufrutto la riserva ordinaria cessa di essere riservata. Ma quel ch'è, che salva tutto, si è, che la corte mette particolarmente la sua decisione sotto la protezione della volontà del disponente: « Attesochè d'altronde ri« sultava dai termini del testamento, tal esse« re stata l' intenzione del testatore ».

2596. Ora essendo certo che per regola le due quote debbono combinarsi, e che l'art. 1094 non paralizza l' art. 913, bisogna vedere più da vicino, come queste due quote si maritano l' una all'altra, ed in qual ordine profittano ai beneficiari. S'incontrano qui delle complicazioni delicate, e per ispianarle bisogna distinguere tre casi:

1. La donazione fatta al coniuge è posteriore alla donazione fatta allo estraneo.

2. La donazione fatta al coniuge precede.

3. L' una e l'altra donazione concorrono nel medesimo atto, e producono il loro effetto nel medesimo tempo.

2597. Per rischiarare il primo caso, supponiamo che Tizio, avendo tre figli, doni all'uno per contratto di matrimonio il quarto disponibile della sua fortuna, e che in seguito faccia un testamento, nel quale doni a sua moglie un quarto in proprietà ed un quarto in usufrutto. Per quello, che precede, si è già presentita la soluzione.

La donazione del quarto disponibile essendo irrevocabile, impedirà, che il legato fatto al coniuge possa conseguire il suo intiero effetto.

Ma questa ultima disposizione non sarà inu-

(1) Devill., 41, 1, 90. Dalloz, 41, 1, 19.

(2) Arresto de' 3 di gennaro 1826. (Devill., 8, 1, 252. *Palazzo*, t. XX, p. 4).

(3) Devill., 31, 2, 324. *Palazzo*, t. XXIII, p. 1698.

tile per lo tutto, dapoichè la legge favorisce la moglie in una maniera più estesa dell'estraneo; essa permette di donorle non solo il quarto in piena proprietà, ma ancora il quarto in usufrutto. Ora se bisogna togliere dalla disposizione il quarto in piena proprietà, che di già è stato donato tra vivi all'uno dei figli, niente vieta, che il legato esista pel quarto in usufrutto.

Qui si prende norma dalla più forte quota disponibile, e si eggiunge al dritto comune, consacrato dall'art. 913, il dritto personale ed eccezionale consacrato dall'ert. 1094.

E la ragione si è, che si tratta di fissare la sorte di una disposizione fatta a favore del coniuge, e che il solo ert. 1094 è applicabile a questo caso privilegiato (1).

2598. Che se per esempio il defunto, che lascia tre figli, avesse donato un terzo o l'equivalente del terzo dei suoi beni ad un estraneo, poi in seguito avesse fatto una liberalità in usufrutto al suo coniuge, bisognerebbe ridurre la donazione dell'estraneo ad un quarto del patrimonio, ed eseguire il dono fatto al coniuge sino alla concorrenza di un quarto dell'usufrutto. Abbiamo provato precedentemente, che quando vi sono due quote disponibili, la riduzione, che si farebbe subire al donatario della prima per ristringerla nei limiti di quello, che poteva ricevere, non impedisce il donatario posteriore della seconda, a favore del quale la quota disponibile è estesa dalla legge, di prendere in questa seconda quota ciò, che le legge gli permette di ricevere (2).

2599. Veniamo alla nostra seconda ipotesi. Bisogna supporre, che la donazione fatta al coniuge è tra vivi ed anche per contratto di matrimonio, vale a dire irrevocabile, e che è anteriore alla disposizione fatta a favore dello estraneo.

Tizio dona a Livia sua moglie per contratto di matrimonio il quarto dei beni, che lascerà in tempo della morte in piena proprietà, e muore, lasciando tre figli, ed un testamento, per il tutto, e che deve comprendere per il quale dona a Cajo il maggiore la porzione disponibile.

Cajo consente, che il suo legato subisca una riduzione, ma sostiene non essere inutile per il meno un quarto in usufrutto. Dapoiche la più forte quota disponibile secondo l'art. 1094 è un quarto in piena proprietà ed un quarto in usufrutto Tizio non ha disposto, che di un quarto in piena proprietà; restave dunque libero nelle sue mani l'altro quarto in usufrutto, e Tizio poteva donare questo quarto a Caio, come avrebbe potuto donarlo al suo coniuge.

Molti autori hanno autorizzato questa pretensione. « Le disposizioni, dice il sig. Zachariae, « fatte dall'uno dei coniugi sia a profitto del « suo coniuge, sia a profitto d'altre persone, « debbono essere mantenute nell'interesse tanto « di queste ultime, che del primo ogni volta, « che l'insieme di queste disposizioni non sorpasse il disponibile eccezionale, e che quel« le disposizioni che sono state fatte a profitto « del terzo non eccedono il disponibile ordina« rio (3) ».

Ma non è possibile di ammettere tale sistema. Senza dubbio la porzione determinata dall'articolo 1094 permetteva al padre la disposizione del quarto in piena proprietà e del quarto in usufrutto; senza dubbio invece di limitarsi a donare a sua moglie un quarto in piena proprietà, avrebbe potuto aggiungervi un quarto in usufrutto; ma se n'è astenuto, e questo quarto in usufrutto, che non era disponibile, che a favore di sua moglie, non ha potuto donarlo ad altri. È un privilegio personale, che non può essere comunicato a chicchessia senza violare la lettera e lo spirito dell'articolo 1094. Caio adunque non può avere veruna pretensione basata su questo quarto. Egli può unicamente attingere i suoi dritti nell'art. 913, e questo articolo non permette al padre di famiglie di disporre in favore di uno o più figli o di uno estraneo, che di un quarto in piena proprietà, quando lascia tre figli; e siccome questo quarto è stato di già donato tra vivi ed irrevocabilmente allo sposo mercè una disposizione, che sebbene attinta nell'art. 1094, riflette sul dritto stabilito dall'art. 913, e l'assorbe nel suo intiero, ne siegue, che il legato fatto a favore di Caio è caduco per il tutto. Il padre di famiglia aveva esaurito col suo contratto di matrimonio la porzione disponibile per rapporto ai suoi figli (art. 925 codice Napoleone (a)). Ammettere i figli e prendere dopo della sposa la quote disponibile supplementario fissata dall'art. 1094, è un fare partecipare questi medesimi figli a quello, che la legge dà solamente al coniuge.

Si obietta, che i figli non vantaggiati non potrebbero dolersi di un tale aggiustamento, poichè loro importa poco, che il padre abbia donato ad uno de'suoi figli quello, che poteva donare a sua moglie. Eglino, si dice, non sono lesi dal modo, come il disponibile è distribuito, purchè la quota più forte non venga ecceduta, e che ciascuno de' beneficati non riceva nel particolare più di quello, che la legge per-

(1) Toullier, t. V, n. 871. Duranton, t. IX, n. 764. Delvincourt, t. II, p. 221. A. Dalloz, v° *Porzione disponibile*, n.i 269 e seg. Proudhon, t. I, n. 360. Bayle-Mouillard su Grenier, t. IV, p. 117. 3° Zachariae, 689, t. V, p. 209, nota 15. *Aggiungi* argomento dagli arresti riferiti *supra*, n.i 2593 e 2594.

(2) V. *supra*, n.i 2586 e seg.

(3) Zachariae, § 689, t. V, p. 209. Toullier, t. V, n. 871 *bis*. Dalloz, v° *Disposiz. tra vivi e testam.*, tomo VI, p. 268, n. 8. Delvincourt, t. II, p. 221.

(a) Leggi civili art. 842. *Il trad.*

Digitized by Google

mette. Pocanzi si provava benissimo (1), che se la liberalità fatta al terzo è la prima in data, il coniuge può ricevere in seguito tutto il complemento della quota dell' art. 1094. Perchè sarebbe diversamente nella specie attuale? Forse l' ordine, nel quale le disposizioni sono fatte, deve decidere dell' estensione del disponibile?

Noi rispondiamo: l'ordine delle date è di grande considerazione, quando serve a precisare i fatti ed il dritto, che vi si lega. In quanti di questi casi il dritto dipende dalla data? Forse non è una regola triviale in giurisprudenza, che *potior tempore, potior jure?* Dunque non bisogna disprezzare l'argomento, che si trae dall'ordine cronologico delle disposizioni.

Ora che cosa ha fatto il padre con la sua prima disposizione? Ha esaurito il disponibile dell' art. 913 nel tempo stesso che ha usato dell' art. 1094. È vero, che comunque l' avesse potuto, egli non ha ricavato dall' art. 1094 tutto quello, che ne poteva ricavare. Egli ha fatto, come se l' art. 1094 non gli permettesse più dell'art. 913; ed in effetti nel suo pensiero non aveva bisogno dell' estensione dell' articolo 1094, poichè voleva donare al suo coniuge solo il quarto disponibile ordinario. Però non è men vero, che questo quarto disponibile non esiste più; esso ha ricevuto una destinazione diffinitiva. Con lo stesso atto il disponente l'ha esaurito; donandolo a sua moglie in virtù dell'art. 1094, si è virtualmente interdetto di donarlo a' suoi figli in virtù dell' art. 913.

Più tardi si ravvede, e vuole estendere le sue disposizioni. E senza dubbio lo può, se il suo cuore eleva la voce in favore di sua moglie, perchè può donarle ancora un quarto in usufrutto. Ma nulla di ciò; in questo secondo momento non vuol'egli estendere la sua liberalità per essa più di quello, che l' abbia voluto nell' origine. Egli vuole disporre per suo figlio di questo quarto in usufrutto, che non è disponibile, che in favore di sua moglie. Come lo potrebbe? Forse quest' estensione della quota disponibile è stata stabilita a favore del figlio? Forse non lede egli la riserva degli altri figli per la comunicazione di un privilegio, che la sola tenerezza coniugale sanziona?

Da ciò si vede quale luce l' ordine delle date gitta sugli atti e sulla loro qualificazione. Allo splendore delle date si vede quel rigiro del disponente, che trasferisce ad un terzo un privilegio, che non ha il dritto di trasferirgli. No, ripetiamolo, egli non ha il dritto di fare questa trasmissione; dapoichè quando la legge concede un favore, bisogna usarne nel modo voluto da essa; estenderlo è un corromperlo; comunicarlo ad altri è un ledere i dritti altrui.

Infine vi è un' ultima osservazione. Di che si tratta? di una liberalità in usufrutto fatta ad un figlio. Importa molto al nudo proprietario, che il dritto di usufrutto sia messo sulla testa della persona legale piuttosto che su quella, di una persona, che non vi ha dritto. La legge ha permesso di prendere un quarto in usufrutto sulla riserva per gratificarne il coniuge sopravvivente, vale a dire taluno, che ha una generazione, dippiù di esistenza de' figli riservatari. Se voi smembrate dalla riserva l'usufrutto di un quarto per attribuirlo ad uno dei figli, voi costituite un dritto molto più durevole, poichè la testa è molto più giovane. Epperò cagionate alla riserva un pregiudizio più considerevole di quello preveduto dal legislatore. Dippiù un dritto di usufrutto dà una rendita, un mezzo di esistenza. Sovente ha un carattere alimentario. Donato al coniuge, dispensa i riservatari dal fornire gli alimenti a colui, cui li debbono, quando si trova nel bisogno. Costoro trovano nell' affrancamento del debito alimentario una compensazione alla diminuzione della loro riserva. Se per lo contrario date questa stessa quota di usufrutto ad un terzo o ad un figlio, i riservatari non hanno più la stessa ragione per sopportare questo peso. Voi turbate l'economia delle disposizioni della legge (2).

2600 Spiegata questa prima specie, bisogna avviarci verso di una seconda, che se ne distingue per talune varietà, e ch'è stata il subietto d' interminabili dissertazioni, nelle quali gli autori si sono battuti, ma della quale si comincia a non tenere più gran conto ne' Tribunali.

Supponiamo, che Tizio doni a Livia, sua moglie, con contratto di matrimonio, non più un quarto in piena proprietà, ma l' usufrutto della metà da' beni, che lascerà nella sua morte. Egli muore, avendo tre figli. Col testamento egli ha legato a Cajo il maggiore la sua porzione disponibile.

Cajo pretende ad un quarto in nuda proprietà. Gli altri figli sostengono, che la metà in usufrutto equivale ad un quarto in proprietà, che la quota disponibile ordinaria è esaurita, e che il legato fatto ad uno de' figli è caduco.

Questa quistione è di un interesse usuale a causa de' numerosi contratti di matrimonio, ne' quali gli sposi si fanno una donazione di usufrutto sotto condizione di sopravvivenza. Essa si è presentata sovente, e gli arresti della Corte di Cassazione, de' quali è stata obietto, hanno felicemente fissato le idee e dissipato l' oscurità delle controversie.

(1) N. 2597.

(2) *Aggiungi*. Benech, *Della quota dispon.*, p. 260 e seg. Proudhon, *Dell' usuf.* t. 1, n. 358. Marcadè sull' art. 1100, 357, 358. Bayle-Mouillard su Grenier, tomo IV, p. 12 .

Prima di tutto facciamo spiccare la differenza, ch' esiste tra la nostra specie, e quella, che precede.

In primo luogo troviamo qui una donazione di usufrutto, il cui valore non è fisso per se medesimo, e varia secondo l' età della persona. Per equilibrare questa donazione con quelle, che la sieguono, bisogna estimerla, il che non vi è bisogno, che si faccia nel caso precedente. In generale si ritiene, l' usufrutto valere la metà della proprietà. L' usufrutto dell' intiero è valutato, salve le circostanze particulari, alla metà in proprietà; l' usufrutto della metà viene estimato un quarto. La giurisprudenza è feconda in arresti, che hanno adottato questa base. La si trova da per tutto (1), e le decisioni, che seguirono le danno una nuova autorità (2).

Si rammenta in secondo luogo, che il quarto in usufrutto, che cade sulla riserva, riposava testè sul capo di una persona diversa dal coniuge sopravvivente, od abbiamo veduto, che i riservatari ne provavano un pregiudizio. Nella specie attuale è lo sposo sopravvivante quello, ch' è chiamato a godere del quarto prelevato sulla riserva conformemente al voto del legislatore.

Ma questa varietà non offre veruna importanza, e la nostra soluzione non deva variare.

La ragione n' è semplice.

Che ha fatto il disponente? di un sol colpo ha esaurito il disponibile coniugale ed il disponibile ordinario. Da una parte donava al suo coniuge l' usufrutto della metà, vale a dire, che gli ha donato l' uno de' due *maximum*, stabiliti dall'art. 1094. Dall'altra parte siccome questo usufrutto equivale in generale al quarto in proprietà, egli ha consumato il potere, che teneva per dritto comune di beneficare un estraneo. Dapoichè un padre di tre figli non ha libertà, che sino alla concorrenza del quarto de' suoi beni. Qui questo quarto (o l' equivalente) è stato donato al coniuge. Dunque il legato fatto al figlio cade nel vuoto, perchè non può prendere nulla di libero nel patrimonio del defunto. È assolutamente la medesima situazione della specie precedente.

2601. Per quanto evidente sia una tale conclusione, essa ha trovato delle obiezioni in un certo numero di menti. Esse si sono rammentate, che sotto l' antico dritto l'antefato ed altri lucri di sopravvivenze analoghi, così in paese di consuetudine, che in paese di dritto scritto non erano riducibili per formare la legittima (3); perocchè queste sopravvivenze erano considerate come un debito contratto in favore della moglie dal marito, che è obbligato di assicurarle la sussistenza, se gli sopravvive (4). Di là sono stati indotti a pensare, che le donazioni di usufrutto fatte con contratto di matrimonio sotto il codice Napoleone debbono ravvicinarsi, per quanto è possibile, a questa giurisprudenza; che sono più favorevoli delle riserve, e che non bisogna spaventarsi di troppo, se diminuiscono la legittima dei figli; che per renderli più frequenti nei matrimoni, bisogna concilïarli nella misura della più larga quota disponibile col dritto di disporre, così prezioso pel padre di famiglia (5).

Poi, hanno detto, perchè convertire il dono di usufrutto in proprietà? Perchè non accettarlo tale quale è stato fatto? Non può esservi utilità a valutare l'usufrutto in proprietà, se non quando la donazione in usufrutto eccede la quota disponibile, ma quando il donante dona un usufrutto, che non sorpassa quello, che la legge gli permette di donare, non bisogna snaturare la disposizione. Si è veduto per l' articolo 917 la ripugnanza del legislatore a gettarsi nello estimazioni di usufrutto (6).

Ciò stabilito, si continua, vi è un mezzo ben semplice di conciliare tutto. La metà dell' usufrutto è disponibile a favore del coniuge. Di questa metà, si faccia gravare un quarto sul disponibile ordinario e l' altro quarto sulla riserva (7). Con ciò il disponente si sarà riserbato un quarto in nuda proprietà sul disponibile per disporne in seguito a grado delle sue affezioni.

Perchè si stupirebbe di tale risultamento? Si consente a lasciare il padre cumulare i due disponibili per modo da raggiungere la più elevata cifra, quando la liberalità fatta al figlio o ad uno straniero precede quella fatta al coniuge. Chi vieta, che sia lo stesso, quando questa è anteriore a quella? E ritornando allora alla obiezione tratta dall' insignificazione delle date, si dimanda, se bisogna fare dipendere da una data senza valore delle restrizioni così gravi della facoltà di disporre. Forse l' affezione del padre non riunisce in un medesimo sentimento, quello, che l' azzardo ha separato (8)?

E poi se è vero, che nell'interesse dei matrimoni bisogna favorire le liberalità tra coniugi,

(1) Devill., 3, 2, 90. Conclusioni del procuratore generale presso la Corte di Tolosa.

(2) *Infra*, n. 2604.

(3) Pothier, *Dell' antefato*, cita un arresto del Parlamento di Parigi, de' 27 di marzo 1629. Boucher, d' Argis, *Lucri di sopravvivenza*, cap. 18. — Merlin, Repert., v. *Legittima*, sez. 8, § 2, art. 1, *quest.* 1 e *quest.* 6 e 7.

(4) Pothier, *loc. cit.*

(5) Benech, p. 48 e seg.

(6) V. una Sentenza del Tribunale di Lectoure dei 7 di giugno 1850, annullato da un arresto della Corte di Agen de' 7 genn. 1852 (V. *infra*, p. 784, nota 2, gli arresti riferiti sulla quistione.

(7) Precitata sentenza del tribunale Lectoure.

(8) Devill., *Osservat.*, 7, 1, 363. Grenoble, 13 dicembre 1843. (Devill., 44, 2, 100. *Palazzo*, 44, 1, 705. Dalloz, 44, 2, 93).

bisogna nell' interesse della patria potestà non privare il padre del dritto di disporre in favore dei suoi figli. Quando un uomo nell'ammogliarsi si limita a donare alla sua sposa un semplice usufrutto per sopravvivenza, egli è perchè si è implicitamente riservato il dritto di disporre di una porzione della proprietà, quando sarà divenuto padre. Se gli si toglie questo dritto, si ingenererà il disgusto delle donazioni di sopravvivenza, le si circonderà d' inconvenienti, che impediranno l'uso di disposizioni così utili al bene della famiglia ed all' onore del matrimonio.

Tutte queste ragioni e questo considerazioni non ci sembrano di natura da fare impressione, e non bisogna stupirsi, se non hanno avuto effetto nella giur'sprudenza, che diviene di giorno in giorno più dominante nei tribunali.

2602. E dapprima l' affezione coniugale essendo anteriore all'affetto paterno, non bisogna temere, che quelli, che contraggono matrimonio sacrifichino la cura del loro avvenire a causa degli ostacoli, che più tardi potranno trovare per gratificare dei figli, che non ancora sono nati. Nell'ordine della natura i futuri accordano al matrimonio i vantaggi pecuniari, ai quali esso ha dritto per l' interesse della famiglia e dello stato. Eglino si determinano pei sentimenti del momento, per le convenienze reciproche, e per le influenze della posizione sociale. Solo per questi vantaggi gli sposi hanno potuto contrarre una migliore e più onorevole parentela, e fondare un più degno e considerevole stabilimento. Vi è luogo di dolersene in nome dei figli? Per lo contrario eglino debbono ringrasiare questi patti matrimoniali, che hanno favorito l'unione, dalla quale sono usciti, ed all'ombra della quale hanno la fortuna di vivere. Se l' affezione paterna trova nelle liberalità coniugale un ostacolo al suo esercizio verso coloro, che ne sono nati, non vi può essere danno per questi ultimi, che raccoglieranno nella successione dei loro autori quello, di cui sono privati. È vero, che il padre ha diminuito il suo potere coercitivo, e che gli è più difficile di ricompensare e di punire; spetterà a lui di vegliare più da vicino sulla morale dei suoi figli per ottenere mercè l'educazione ciocchè è sempre dispiacevole di ottenere con la forza e la minaccia. D' altronde è certo, che la maggior parte di coloro, che donano ad un figlio il quarto disponibile in esclusione degli altri, obbediscono meno a delle necessità d' intimidazione e di correzione, che a delle preferenze agnatizie, al desiderio di favorire un figlio più di una figlia, al pregiudizio, che pone il primogenito al di sopra del cadetto. Io dunque non veggo un male immenso in una situazione, che serba la eguaglianza tra i figli, e rende più difficile il potere, che permette d'infrangerla. Gli artefici di primogeniti ed i dispregiatori delle figlie possono dolersene. Noi ce ne affliggiamo meno, considerando, che ciocchè è stato tolto ai rigori paterni è stato donato all' affezione coniugale.

Si argomenta dal favore conceduto dall' antica giurisprudenza agli antefati ed agli altri lucri analoghi. Ma il codice Napoleone non ha forse stabilito su di ciò un dritto affatto nuovo? Per quale aberrazione si dà opera ad interpretare la nuova legge per lo spirito di una legislazione abrogata con conoscenza di causa? Ove si è veduto, che il codice Napoleone considerasse le donazioni per contratto di matrimonio come un vero debito? Chi non vede in esse delle liberalità? E come quindi potrebbero essere preferito alla legittima? Chi oserebbe insegnare sotto del codice, le donazioni per contratto di matrimonio non essere riducibili per formare la riserva.

2603. Quanto a' motivi ricavati dal fondo del dritto, faremo rimarcare, che questa conversione dell'usufrutto, di cui si è spaventato, è semplicemente fittizia. Essa non cambia la natura della donazione, essa non fa, che rientracciarne l'estensione; essa è un mezzo di sapere, se la quota disponibile è stata o non sorpassata; è un semplice calcolo, o non una trasformazione.

Questo calcolo molesta ed imbarazza il legatario, perchè permette di porre il dito sulla parte debole della sua pretensione, ed ecco perchè si adopra di respingerla. Ma la verità vuole, che vi si guardi tanto da vicino, per quanto è possibile, ed il calcolo in quistione è il solo mezzo di sapere esattamente ciò che è libero e ciò che non lo è. Bisogna dunque non badare a' risultamenti.

Si amerebbe meglio il comodo arbitrario, per lo quale si fa in pezzi la disposizione, a fine di portarne una porzione sul disponibile ordinario ed un'altra porzione sul disponibile coniugale, e mercè del quale si trova pel legatario un quarto in nuda proprietà. Ma questo frazionamento è in contradizione con l'intenzione del disponente e con tutte le presunzioni e verosimiglianze. Che! il disponente ha donato per contratto di matrimonio la metà de' suoi beni in usufrutto, e si vorrà, che con ciò non abbia fatto egli uso della facoltà stabilita dall'art. 1094!! Si anderà a fare una imputazione parziale sul disponibile ordinario, al quale il disponente non ha pensato, anzichè imputare la liberalità tutta intiera sul disponibile dell'art. 1094, cui essa si adatta così naturalmente !!

Ciò non vuol dire, che il disponibile dell'articolo 913 rimane libero nelle mani del disponente; esso è esaurito per l'uso dell'art. 1094, che bisogna combinare con l' art. 913; dappoichè si sa, che le due disposizioni debbono conciliarsi. Non vi sarebbe luogo ad un impiego del disponibile ordinario, che quando la

donazione matrimoniale fosse restata al di sotto del quarto. Qui per lo contrario essa l'assorbisce. Epperò che resta pe'pretendenti al quarto disponibile?

Relativamente all'ordine delle date, così vivamente criticato dagli avversari, non ripeteremo quello, che più sopra abbiamo detto (1). Esso classifica le liberalità, le ordina, aiuta a distinguere ciò che è stato impiegato da ciò, ch'è rimasto libero, è siccome porta la chiarezza ove si vorrebbe la confusione, si gitta grandi grida sul materialismo di questo mezzo. Nulladimeno noi vi ci appigliamo, perchè mette la precisione in luogo di un vago capriccioso.

Egli è dunque chiaro, che il quarto della nuda proprietà, che si vorrebbe dare al legatario, non gli appartiene, nè gli si può attribuire, altrimenti, che servendosi del dritto del coniuge.

2604. Del resto vi sono poche quistioni, sulle quali la giurisprudenza della corte di Cassazione abbia serbata maggior costanza ed uniformità, e questa giurisprudenza è stata il bastione, verso del quale sono sempre venute a frangersi le idee, che combattiamo (2). Talune Corti si sono nonpertanto lasciate sorprendere (3), ma rivengono poco a poco (4). e non esitiamo a credere non lontano il termine di un combattimento, che deve soltanto la sua esistenza a de'pregiudizi incompatibili con le basi fondamentali del codice Napoleone.

2605. Tra le specie, sulle quali sono stati renduti gli arresti, che abbiamo citato, ve n'è un certo numero, i cui fatti risalgono ad una data anteriore alla promulgazione del codice. I contratti di matrimonio contenenti donazione tra coniugi erano stipulati sotto l'impero delle leggi dell'anno 2 o dell'anno 8. Tuttavia la donazione o il legato posteriore, la cui caducità era in quistione, erano stati fatti, e la morte del disponente era sempre avvenuta sotto del codice. Ma la circostanza di essere il contratto di matrimonio anteriore al codice è indifferente, e non potrebbe modificare la soluzione. Ed in effetti la quistione dell'estensione della quota disponibile per le donazioni o legati fatti dopo la promulgazione del codice e della loro coesistenza con l'usufrutto donato al coniuge, cade sotto il colpo di questo medesimo codice, e deve risolversi con le sue disposizioni (5).

2606. Avviciniamoci adesso al terzo caso, che ha luogo, quando le liberalità fatte ad un

(1) N. 2599.

(2) Ricorsi 7 gennaro 1824 (Devill., 7, 1, 363). Rig. 21 di marzo 1837 (Devill., 37, 1, 273). Cassaz., 24 luglio 1839 (Devill., 39, 1, 633), e nella medesima causa, Ric. 22 nov. 1843 (Devill., 44, 1, 70). Cassaz., 24 ago. 1846 (Devill., 47, 1, 39; *Palazzo* 47, 1, 52) contenente cassazione di un arresto di Lione de' 16 marzo 1842. Cassaz., 27 dicem. 1848, due arresti nello stesso giorno (Devill., 49, 1, 80). Cassaz. 7 marzo 1849, due arresti lo stesso giorno (Devill., 49, 1, 338 e 339). Secondo ricorso in uno di questi due affari rigettato l' 11 gennaro 1853, ric. (Devill , 53, 1, 728). Cassaz., 2 agosto 1853 (Devill., 53, 1, 728). *Aggiungi* Limoges, 26 marzo 1833 (Devill., 33, 2, 278) Besansone 7 febb. 1840 sul ricorso pronunziato dall' arresto di cassazione de' 24 luglio 1839, precitato (Devill., 40, 2, 105). Douai 24 febb. 1840(Devill., 40, 2, 270). Orléans, 28, dicem. 1849 sul rinvio pronunziato dall' arresto di cassazione de' 7 marzo 1849 precitato. (Devill., 50, 2. 199). Aix 23 maggio 1851 sul rinvio pronunziato dall' arresto di cassazione de' 27 dic. 1848 (Devill., 51, 2, 703).

In quanto agli autori vedete nel senso della Corte di cassazione Durantoo, t. IX, n. 796, 3ª ediz. Coin Delisle sull' art. 1094, n. 16. Bayle-Mouillard, su Grenier, t. IV, 118 ; ed in senso contrario Toullier, t. V, n.i 870 e seg. Benech, *ibid.*, p. 320 e seg. Valette, giornale *il Dritto*, 11, marzo 1846. Marcadè sull'articolo 1100, n. 2. Devilleneuve, dissert. 7, 1, 363. Pont, *Rivista di legislazione*, febb. 1844. Molinier, *Rivista, straniera*, t. IX, 1842, p. 1 e seg.

(3) Lione 10 febb. 1836, cassato con arresto de' 24 luglio 1839, precitato (Devill., 36, 2, 177). Lione 16 marzo 1842, cassato con arresto de' 24 agosto 1846, precitato (Devill., 47, 1, 39). Grenoble, 13 dic. 1843 (Devill., 44, 2, 100). Grenoble, 15 luglio 1845, cassato con arresto de' 27 dic. 1848 precitato (Devill , 46, 2, 449) ; *Palazzo*, 46, 2, 644.

(4) La Corte di Parigi rende il 16 di nov. 1846, un arresto, ch' è stato cassato il 7 di marzo 1848, precitato (Devill , 46, 2, 649), e l' 8 genn. 1848, un secondo arresto cassato il 7 marzo 1849, precitato (Devill., 49, 1, 338); ma si uniforma all' opinione della Corte di Cassazione con arresti de'12 gennaro 1848(Devill., 48, 2, 79), e de' 17 febb. 1848 (Devill., 48, 2, 82).

La Corte di Tolosa con arresti de' 13 agosto 1844, (Devill., 45, 2, 38), 24 giugno 1852 (Devill., 52, 2, 496), e 13 febb 1846 (Devill., 46, 2, 115 ; *Palazzo*, 46, 2, 645) aveva lottato contro la giurisprudenza della Corte di cassazione, e finì con adottarla il 23 nov. 1852 (Devill., p. 2, 705).

La Corte d' Agen aveva pure resistito negli arresti de' 14 dic. 1846 (Devill., 47, 2, 113), 30 luglio 1851 (Devill., 2, 218 ; ma vi si è unita il 7 di gennaro 1852 (Devill., 53, 2, 219) ed è perseverata nel suo ritorno il 10 di luglio 1854 (Devill., 54, 2, 448).

Noi non conosciamo, che la Corte di Riom, che dopo di avere cominciato bene (arresto de'6 di maggio 1846, Devill., 46, 2, 397), è finito col riformarsi in peggio con arresto de' 21 maggio 1853 (Devill., 53, 2, 593).

(5) V. specialmente : Limoges 26 marzo 1833 (Devill., 33, 2, 278), Tolosa 13 agosto 1844 (Devill., 45, 2, 3). Riom 21 maggio 1853 (Devill., 53, 2, 591).

La Corte di Agen ha pronunziato su di una specie anche più antica con arresto de' 30 agosto 1831 (Devill., 32, 2, 148); il contratto di matrimonio, che conteneva una donazione tra' futuri sposi era de' 15 gennaro 1778. Questa donazione a favore del coniuge sopravvivente era dell' usufrutto di tutt'i beni, che il premoriente lascerebbe in tempo della sua morte. A' termini delle leggi romane, che regolavano le parti, domiciliate in una provincia di dritto scritto, la donazione fu ridotta per la sopravvenienza di quattro figli a' due terzi de'beni in usufrutto. Questa liberalità convertita dalla Corte in un valore di un terzo in piena proprietà, assorbiva così la quota disponibile ordinaria, ch' era di un quarto in piena proprietà conformemente all' articolo 913 applicabile alla successione materna aperta sotto l' impero del Codice Napoleone.

coniuge e o dei terzi sono contenute nel medesimo otto o per lo meno prendono esistenza nella stessa epoca.

Supponiamo, che uno stesso testamento contenga dei legati a dei terzi ed al coniuge del disponente, e che il testatore muoia lasciando tre figli. Le liberalità debbono essere contenute nei limiti dell'art. 913 o in quelli dell'articolo 1094? Vi è da considerare l'ordine, nel quale i legati sono stati scritti nel testamento?

La più semplice ipotesi è quella, nella quale i legati essendo fatti nel medesimo testamento, il legato fatto ad un terzo o ad un figlio precede il legato fatto al coniuge. Le disposizioni saranno valide sino alla concorrenza della più forte quota disponibile, quella dell'articolo 1094, purchè il terzo o il figlio non riceva più della quota fissata dall' art. 913, e purchè il quarto in usufrutto, che si prende sulla riserva, riposi sulla testa dello sposo sopravvivente.

Questo punto diverrà anche più chiaro mercè l'arresto di cassazione, che siegue, e sul quale del resto tutti sembrano di accordo:

Con testamento dei 24 di settembre 1835 Lebroly legò o suo figlio Vittorio il quarto di tutti i suoi beni per precapienza ed anteparte. Poi con un' altro disposizione egli legò a sua moglie l' usufrutto di un altro quarto dei suoi beni.

Egli morì il 25 del medesimo mese, lasciando la sua vedova e quattro figli.

I figli non vantaggiati hanno preteso, che le liberalità dovevano essere ridotte alla quota disponibile fissata dall' art. 913; ma questa pretensione non era sostenibile, e venne meno successivamente innanzi il tribunale e la corte di Riom. Ed in effetti se giusta l' art. 913 la quota disponibile è fissata, il dritto del padre di famiglia riceve maggiore latitudine dall' articolo 1094. Ora qui il padre aveva gratificato suo figlio nei termini dell' art. 913, ma gli restava in favore del suo coniuge l' art. 1094, e non vi avrebbe potuto esser luogo a riduzione, se non quando le due liberalità riunite avessero ecceduto la più forte quota disponibile, vale a dire quella fissata dall' art. 1094. Su di queste ragioni è per l'appunto fondato il rigetto del ricorso prodotto dagli eredi non vantaggiati (1).

Si può citare nel medesimo senso un arresto della stessa corte dei 23 di agosto 1847 (2), nella cui specie si presentava l' applicazione dello stesso principio. Crediamo inutile di arrestarci più lungo tempo.

2607. La seconda combinazione, che può presentarsi, è quella, nella quale il legato fatto od un figlio o od un terzo siegue nello stesso testamento il legato fatto al coniuge invece di precederlo.

La circostanza che il legato fatto al coniuge è il primo inscritto, deve farei decidere, doversi imputare sulla quota disponibile ordinaria, e che se l'esaurisce, verun legato posteriore è valido? Affatto; il testamento è un tutto, le cui dati si debbono coordinare; è l' opera di una volontà, che si manifesta successivamente, ma che ha concepito un insieme, di cui tutte le parti sono ugualmente favorevoli, e debbono legarsi nel risultamento. Il testatore ha avuto sotto gli occhi le persone, che ha chiamato a raccogliere i suoi benefizi. Ha egli voluto sacrificare le une alle altre, e rendere le ultime vittime del posto, che occupano nella scrittura? Non è egli chiaro per lo contrario, che egli ha inteso di farle tutte profittare della sua benefica volontà? E come si potrebbe rompere senza ingiustizia questo fascio formato dalle sue affezioni (3)?

Qui pure si presenta l'autorità della corte di cassazione.

Con testamento dei 2 di maggio 1838 Ferret lego a sua moglie una rendita vitalizia di 800 franchi; inoltre 600 franchi di valori mobiliari; in seguito lega a Francesco Ferret, uno dei suoi figli, il quarto dei suoi immobili per anteparte. Finalmente fa la divisione degli altri suoi beni tra il nominato Francesco Ferret e le due sorelle di questo ultimo.

Dopo la morte del loro padre, queste ultime hanno preteso, che Ferret avendo fatto a sua moglie un vantaggio, non aveva poi potuto donare a suo figlio, se non oltre passando la quota disponibile.

Esse dicevano: con la sua prima liberalità nostro padre ha esaurito la quota disponibile ordinaria. Ciò fatto, egli non poteva fare profittare suo figlio della più estesa quota disponibile, autorizzata soltanto a favore del coniuge. La prima disposizione impediva la seconda.

Al che si rispondeva (4):

Che la condizione delle date sia determinata, quando le disposizioni sono fatte per degli atti separati, si è obbligato di ammetterlo per la forza delle cose e con la giurisprudenza (5); ma quando le due liberalità sono scritte nel medesimo atto, *eodem tempore eodem contextu*, bisognerà ricercare minutamente quale delle due liberalità è uscita la prima dalla bocca o dalla penna del disponente? Bisognerà, che qualche minuto o qualche linea d' intervallo bastino per determinare la sorte delle liberalità? La quota più larga sarà o no disponibile, se-

(1) Cassaz., 9 novembre 1846. (Devill., 46, 1, 801).
(2) Devill., 47, 1, 840.
(3) *Aggiungi* Toullier, t. V, n. 870. Duranton, t. IX, n. 794 e seg. Proudhon, t. I, n. 352. Zachariae, § 689, t. V, p. 209. I. Pont, *Rivista di legislazione*, t. XIX, p. 260. Benech, p. 188, 244.

(4) V. l' eccellente rapporto del sig. Mesnard alla camera de' ricorsi (Devill., 48, 1, 234).
(5) Cassaz., 4 agosto 1846 (Devill., 47, 1, 39). *Supra*, n.i 2599 e 2601.

condochè si sarà cominciato nell'atto dal nominare il coniuge o il figlio? Tutto dipenderà forse da una circostanza involontaria o da una posizione, della quale pochi comprenderanno l'importanza? Un gran principio di dritto e le sue larghe conseguenze resteranno così in balìa di un capriccioso ordinamento di sillabe, e del più volgare accidente? Evidentemente no. I due legati si trovano nel medesimo atto, cumulativamente, procedono da un pensiero identico.

Queste ragioni sembrarono convincenti alla corte di Dijon, e con arresto del 1 di luglio 1846 ordinò, che i due legati sarebbero cumulati, dovendo presumersi, avere voluto il testatore usare della più elevata quota disponibile, che la legge metteva a sua disposizione.

E sul ricorso, la dimanda fu rigettata con arresto dei 20 di decembre 1847 (1). Tra le altre ragioni abilmente dedotte da questo arresto, degno di essere rimarcato, la corte insiste sul motivo, che essendo disposti nel medesimo testamento, i due legati debbono essere considerati come fatti simultaneamente e con l'intenzione da parte del disponente di accordar loro un favore uguale (2).

2608. La quistione è più dalicata, se i legati sono stati fatti in più testamenti distinti. Nulladimeno la risolvimmo nel medesimo senso. Ed in effetti tutte le disposizioni contenute ne'testamenti successivi, che un uomo fa, non sono che de' progetti, mentr'egli vive, e non conseguono della realtà, dell'effetto, dell'esistenza, che in morte del testatore. In quest'unico momento tutte le liberalità progettate, combinate in differenti tempi, e tutte subordinate alla morte, prendono vita e forza. La data de'testamenti non dà più forza all'uno, che all'altra. La morte è quella, che le vivifica, che le fa esistere, per lo che hanno tutte la medesima data. La volontà dell'uomo si depose in degli atti successivi, si modifica, o si sviluppa; ma si risolve sempre in una volontà unica ed ultima, che viene riputata di abbracciare e confermare in un solo e medesimo istante di ragione tutto ciò, che l'uomo ha preparato, e meditato durante la sua vita in vista della morte (3). L'art. 926 del codice Napoleone ne contiene la pruova, perocchè sottopone ad una uguale riduzione tutt'i legati, quale si sia la data de' testamenti, che li contengono.

2609. Si è veduto per le specie, che abbiamo percorso ne'numeri precedenti, quanto sono frequenti tra'coniugi le donazioni di usufrutto, ed in quanti casi i tribunali sono obbligati di riotracciarne il valore per fissare i limiti della quota disponibile. Ricordando qui sopra (4) le regole date dalla giurisprudenza per pervenire a questa valutazione, abbiamo detto, che in generale la donazione della metà in usufrutto è considerata come equivalente ad un quarto in proprietà, ma che nondimeno vi è sempre un calcolo di probabilità, ch'è abbandonata alla prudenza del giudice (5). Questo è il punto di vista, che ormai domina nella giurisprudenza, e che la vince sugli antichi sistemi (6). Essa si fonda sulla legge de'22 frimaire anno 7° (7) con questa differenza, che questa legge fatta per lo pagamento de'dritti fiscoli, prende l'usufrutto per la metà della proprietà in una maniera assoluta, indipendente dalle circostanze, mentre qui, ove non siamo sottoposti alle necessità di ordine pubblico, che impongono l'obbligo di facilitare la percezione dell'imposta, ubbidiamo di vantaggio al bisogno di ravvicinarci il più che possibile alla verità, e ragioni volmente teniamo conto delle circostanze.

2610. Esiste nulladimeno un arresto della corte di Amiens de'5 di marzo 1840, che si è tenuto al modo di valutazione assoluta della legge dell'anno 7°, ed ha rifiutato di entrare nell'esame delle circostanze particolari, benchè non fosse quistione de'dritti del fisco: « Considerando, che le leggi de' 17 nevoso anno 2 « e 22 frimaire anno 7.° hanno valutato il valore dell'usufrutto alla metà di quello della « proprietà; che se queste leggi non sono applicabili alla specie, esse hanno un'autorità « di ragione ogni volta, che si tratta di determinare il valore dell'usufrutto per fissare la « quota disponibile; che altrimenti bisognerebbe entrare nell'esame non solo dell'età della « persona usufruttuaria, ma anche della sua « salute, delle sue abitudini, della sua professione, e che con questi elementi non si perverrebbe, se non ad un risultamento dubbio; « che nulla essendo più incerto della durata « della vita dell'uomo, vale meglio tenersi alla « regola delle leggi precitate, che di ammettere una valutazione arbitraria: che il legislatore ha mostrato la sua ripugnanza per « ogni valutazione di tal fatta, ordinando (art. « 917 codice civile (a)), che quando una disposizione in usufrutto eccedesse la quota disponibile, gli eredi riservatori non avrebbe-

(1) (Devill., *loc. cit.*, 48, 1, 234). *Contra*, Aix, 18 aprile 1836. (Devill., 36, 2, 421. *Palazzo*, 37, 1, 354).
(2) V. un arresto conforme della cam. civ. del 12 luglio 1848. (Devill., 48, 1, 473, 474).
(3) Ricard, p 3, n. 1109.
(4) *Sopra*, n.i 839 e 975.
(5) V. anche *sopra*, n. 2600.

(6) L. 68, D. *Ad legem Falcidiam*. Bretonnier su Henrys, l. iv, quest. 54. Lebrun, *Success.*, l, 1, capitolo 5, sez. 2, n. 23. Rousseau de la Combe, v. *Quarta Falcidia*, sez. 2, n. 28; e v° *Debiti*, sez. 2, n. 8.
(7) Art. 14, n.i 5, 7 e 8.
(a) Leggi civili art. 813. *Il trad.*

« biro, che l'ozinne di eseguire questa disposi« zione o di abbandonare la quota disponibi« le (1) ».

Quest'orresto va troppo lontann. Anche ammettendo con esso, che la durata della vita umana, è incertissima, pensiamo, non doversi trascurare le probabilità, che si ricavano dol l'età, dalla salute, dalla professione. Da un altro lato da che l'art. 917 ha voluto evitare le valutazioni di usufrutto, ciò forse vuol dire, che quando questa valutazione è assolutamente necessario, bisognerò farla, chiudendo gli occhi all'evidenza, ed estimando del pari un usufrutto, ch'è su di una testa gravata di 80 anni ed un altro, ch'è su di una testa, che ha soli quorant'anni?

2611. Del resto noi non facciamo, ch'esprimere un sentimento consacrato in principio dolla corte di Cassazione e da quasi tutte le corti imperioli (2): 1.° regola abituale nella legge dell'anno 7.°; 2.° modificasione a questa regola per le circostanze, che appartieoe a'tribuonli di valutare.

Si può consultare specialmente un arresto della corte di Cassazione de'24 di luglio 1839, che contiene cassazione di uo orresto dello corte di Lione, che aveva deciso, che il padre di tre figli poteva dopo di avere donato la metà de' suoi beni in usufrutto a suo moglie, donare pure un quarto in onda proprietà all'uno dei suoi figli. Quest'arresto è motivato su che « la « donazione fatto dal padre o favore di sua « moglie, era della meta in usufrutto di tutti i « beni, che lascerebbe nel gierno della suo « morte; che l'arresto non dichiara, che per « ragione di circostanze particolari e per ecce« zione allo bose generalmente ammessa a tal « riguardo la donazione, di cui si tratta, non « fu uel giorno dello morte del padre equiva« lente al quarto in piena proprieta, che for« mova la porzione disponibile della successio« ne, avuto riguardo alla qualità dell'erede, « che lasciava ecc. ecc. (3) ».

Due altri arresti del 27 dicembre 1848 (4) e del 7 marzo 1849 (5) sono renduti sotto l'influenza della medesimo idea.

Termineremo con una specie giudicata a Riom il 23 di agosto 1842 (6). Il 21 di nevoso anno 7 Cottevilie sposa una signorina Chervais. Gli sposi si donano reciprocamente l'usufrutto dei beni, che lascerà il premoriente. Tre figli sono noti dal matrimonio, quiodi la donazione dell'usofrutto di tutti i beoi si è trovata ridotta alla metà. Ulteriormente e nel tempo del matrimonio di due dei loro figli, i coniugi Cottevielle hanno fatto in favore di ciascuno di loro una donazione di precapienza di un ottavo. In morte del padre il figlio non vantaggiato ha dimandato la riduzione della donosione fatta ai suoi due fratelli.

Il tribunale di Clermont-Ferrand il 23 di agosto 1841 «... Attesochè Giorgio Cottevielle, « avendo col suo contratto di matrimonio dispo« sto in favore di sua moglie dell'usufrutto dei « suoi beni, se questo usufrutto equivale ol « quarto fissato dall'art. 913, la donazione, « che egli ha fatto ai suoi figli col loro con« tratto di matrimonio diviene cadnca; ma at« tesochè nella valutazione dell'usufrutto si deve « aver riguardo all'età ed alle infermità dello « usufruttuario, e che tenendo conto di queste « condizioni nella moglie Cottevielle, conviene « di restringere il valore di questo usufrutto al « valore di un ottavo in proprietà, e di ridurre « per conseguenza ad un ottavo i vantaggi fatti « a Giovanni ed Antonio Cottevielle, » ordina di valutarsi per messo di periti i beni della successione di Giorgio Cottevielle, dei quali un ottavo sarà attribuito alla vedova, ed uo sedicesimo a ciascuno dei figli vantaggiati.

Sull'oppello arresto, che onnulla l'appello con ammenda e spese.

2612. Nullodimeno ecco uno differenza, che merita un'attenzinne particolare.

Che cosa avverrà, se l'usufruttuario moore primachè la valutazione del suo dritto, contestato tra le parti, sia stato diffinitivamente fatto in giudisio? Bisognerà tener cnuto di questo fatto accidentale? Bisognerà avere riguardo soltanto ol numero degli onni, nei quali l'usofruttuario ha realmente vivuto? Ovvero bisognerà sopratutto arrestarsi olle probabilità di vita, che presentava uel momento dell'apertura del suo dritto?

Ascoltiamo la specie segueote, giudicata da un arresto della corte di Caen dei 26 di marso 1843 (7). I coniugi si erano donati nel 1779 tutto ciò, di cui le leggi presenti e future loro permettevano e permetterebbero di disporre l'uno a favore dell'altro. Due figli nacquero dal matrimonio. La moglie morì la prima, ed ella aveva fatto un legato per antiparte ad uno dei suoi figli.

Il marito sopravvivente aveva dritto ad un quarto in proprietà ed un quarto in usufrutto. Egli morì quattordici mesi dopo sua moglie. Il figlio vantaggiato volle trarre argomento da questo fatto per stabilire, che la quota disponi-

(1) (Devill., 42, 2, 159).
(2) Parigi, 12 gennaro 1848 (Devill., 48, 2, 79), 17 febb. 1848 (Devill., 48, 2, 83). Tolosa 25 novembre 1853 (Devill., 53, 2, 705). Douai, 24 febb. 1840. (Devill., 40, 2, 270). Aix, 23 maggio 1851 (Devill., 51, 2, 703).
(3) Devill., 39, 1, 633.
(4) Devill., 49, 1, 80.
(5) Devill., 49, 1, 238.
(6) Devill., 42, 2, 515. V. nel medesimo senso Grenoble, 8 marzo 1851 (Devill., 51, 2, 515). E Douai, 14, giugno 1852 (Devill., 53, 2, 97).
(7) Devill., 43, 2, 455.

Digitized by Google

bile di un terzo, fissata dall'art. 913, non era esaurito dalla donazione fatta a suo padra, perocchè un usufrutto di quattordici mesi non vale, se non la rendita totale dei beni per questo spazio di tempo.

Ma la corte respinse questo sistema « considerando, « che il quarto in proprietà ed il quarto « in usufrutto equivalevano secondo le circo« stanze nel momento della morte della madre « al terzo in proprietà, ch'essa avrebbe potuto « donare od agni persona diversa da suo mari« to; che a torto si sostiene, che l'usufrutto es« sendosi estinto per la morte del padre un an« no, due mesi, o quattro giorni dopo di quella « della madre, non può essere valutato, che in « una somma uguale alla rendita del quarto dei « beni di questa per tale spazio di tempo; « che questa tesi è respinta dall' art. 922 del « codice civile, e che sarebbe ingiusto di com« binare la quota disponibile dell'art. 913 cod. « civ. con quella dell'art. 1094, estimando l'u« sufrutto donato al coniuge, avuto riguardo « alla sua durata reale, invece di valutarlo se« condo le probabilità del tempo della morte « del donante; che in effetti, se questo usufrutto « si fosse prolungato per modo, che la dona« zione fatta al padre avessa realmente surpas« sato il valore di un terzo in proprietà, essa « non avrebbe dovuto meno essera eseguita per « lo intiero, e che il riservatario esposto a que« sta eventualità sfavorevole deve per recipro« canza profittare di quella del più pronto estin« guimento dello stesso usufrutto » In conseguenza la corte di Caen decise, che con lo donazione tra coniugi la porzione disponibile tanto dell'art. 913, che dell'art. 1094 era stata esaurita, e che il legato fatto per precapienzo ad uno dei figli era caduco.

Questa decisione ci sembra ragionevolissima. Ed in effetti è di regola, che le estimazioni necessarie per determinare la riserva e la quota disponibile, e per decidere della validità o della caducità delle disposizioni del defunto, si fanno, ponendosi nell'epoca della morte del disponente. L'art. 922 fissa quest'epoca, dalla quale non si può allontanarsi senza gettarsi nell'arbitrario. In questo momento i dritti di ciascuno sono stati fissati; in questo momento la liquidazione intiera della successione dovrebbe regolarsi, se delle necessità materiali e delle discussioni non apportassero de'ritardi. Per lo meno è giusto, che questi ritardi non cagionino verun cambiamento ne'dritti delle parti. Come gli aumenti o le diminuzioni di valore dei beni corporali, sopravvenuti dopo l'apertura della successione non influiscono in alcun modo sull'estensione della riserva e della quota disponibile, così la brevità o la prolungazione imprevedula di un dritto di usufrutto donato o legato non deve influire sull'esecuzione delle liberalità posteriori. Sono queste della eventualità, che gl'interessati cominciano a correre dal dì della morte, e che risultano dalla natura più o meno aleatoria del dritto costituito. Se le eventualità volgono dell'una delle parti, per esempio, del riservatario (l'usufrutto, che limita la sua riserva, si estingue prontamente), egli deve profittarne; dapoichè ha corso il rischio di vedere questo dritto cagionargli un pregiudizio per la sua durata al di là de' limiti ordinari.

2613. Combinando tutte le idee, delle quali ci siamo occupati nel comentario dell'art. 1094, si può ora sapere in qual caso il disponente ha ecceduto i limiti delle quote libere nelle sue mani.

Che se egli è uscito da'limiti legali, la riduzione si farà, prendendo per base i principi del dritto comune. Vi sono molte donazioni? Si procederà conformemente all'art. 923, attaccandone l'ultimo primo di pervenire alla prima (1). Il che abbiamo stabilito molto positivamente qui sopra (2). Vi si può vedere come si deve agire, quando la donazione fatta al coniuge è la prima in data, su la della donazione e le seguenti.

2614. Quando la liberalità è stata fatta per testamento, bisogna applicare l'art. 926.

Ma la sua applicazione non è esente da difficoltà, e l'imbarazzo deriva da che nella massa formata dalla combinazione delle due quote, vi è una parte privilegiata, ch'è stata unicamente stabilita a favore della moglie, che concerne essa sola, e sulla quale non può trovare un condividente o concorrente.

Per maggiore chiarezza prendiamo un esempio. Il testatore lega a sua moglie la metà dell'usufrutto da'suoi beni; ammettiamo, che questo usufrutto della metà equivalga ad un quarto in piena proprietà. Egli dona inoltre all'uno de'suoi figli un quarto in piena proprietà. Muore lasciando tre figli. Egli non poteva donare, che un quarto in proprietà ed un quarto in usufrutto; egli ha donato una metà in piena proprietà. L'eccesso è evidente, e la riduzione necessaria.

Traduciamo questo in cifre.

Tizio ha un patrimonio di 20,000 franchi.

Egli lega l'usufrutto della metà o di 10,000 franchi a Livia sua moglie.

Lascia il quarto disponibile a Giulio, il maggiore de' suoi figli, vale a dire, che gli fa un dono di 5000 franchi.

L'usufrutto della metà di 20,000 franchi è valutato (noi lo supponiamo) un quarto in piena proprietà; dunque è come se avesse legato a sua moglie 5000 franchi in piena proprietà.

(1) Zachariae, § 689, t. V, p. 215.

(2) N. 2583.

Ora qual'è la porzione disponibile? giusta l'art. 1094 è un quarto in proprietà, cioè 5000 franchi, più un quarto in usufrutto equivalente ad un ottavo in proprietà, cioè 2500 franchi, il che fa 7500 franchi. Nonpertanto Tizio ha fatto de' doni sino alla concorrenza di 10,000 franchi; epperò bisogna ridurli in proporzione secondo l'art. 926.

Su di ciò due sistemi di concorso e di liquidazione sono stati proposti.

2615. Ecco il primo: comincia dal comporre la massa disponibile. Dapprima vi fa entrare la porzione disponibile ordinaria. . 5000 più un quarto in usufrutto, che la legge permette di aggiungere in favore della moglie, il qual è valutato in proprietà a 2500

Totale . . 7500

Ciò premesso, la moglie si pagherà dapprima della sua quota su questo quarto in usufrutto, che è stato introdotto soltanto a suo favore, e che deve spettare ad essa sola. . 2500

In seguito per completare la porzione, che le spetta, prenderà su i 5000 franchi, che compongono la porzione disponibile ordinaria, e ch'è divisibile tra lei e l'altro gratificato una somma di . . 1250

Totale della quota della moglie . . 3750

Giulio si pagherà su quello, che resterà della porzione disponibile ordinaria, ed avrà per conseguenza l'eguale della sua quota. 3750

Totale eguale alla porzione disponibile 7500

E siccome la moglie secondo il testamento e l'art. 1094 deve ricevere la sua liberalità in usufrutto, bisogna convertire li 3750 in proprietà, che trovavansi or ora per sua parte in un usufrutto di un valore corrispondente. Epperò le si abbandonerà il godimento di 7500 franchi, la proprietà essendo in generale la metà dell'usufrutto (1).

2616. Il secondo sistema arriva a de'risultamenti più vantaggiosi pel coniuge. Esso rimprovera al metodo, che abbiamo esposto, di essere troppo favorevole al legatario e di comporre la massa senza distinguere un elemento, che dev'essere segregato dalla divisione. Ed in effetti perchè fare concorrere il legatario con la moglie su di una massa intiera, una parte della quale non è disponibile relativamente a lui? Più la massa, sulla quale si agisce è considerevole, più la quota spettante a ciascuno è anche considerevole. Per lo che la parte attribuita al legatario si trova aumentata in ragione dello attribuirsi al disponibile ordinario il disponibile speciale del coniuge, e perchè si calcola la riduzione sulla somma totale. Quindi il coniuge sopravvivente rimane leso, dapoichè gli si fa subire il concorso di un altro legatario relativamente ad una parte del suo legato, che versando su di un disponibile esclusivamente attribuibile ad esso solo, non ammette nè concorso nè riduzione.

Ecco dunque come si corregge un vizio di calcolo.

Da quello, che è stato donato al coniuge si detrae l'elemento personale e privilegiato, e si imputa sulla quota propria di questo coniuge. Poi si fa concorrere il legato del coniuge così ridotto con gli altri legati sulla quota disponibile ordinaria e comune, e si distribuisce tra tutti i legatari una massa, alla quale ciascuno ha tanto dritto, quanto l'altro. Quando la riduzione proporzionale è così fatta, si aggiunge alla quota spettante al coniuge, quello, che questo sposo ha dritto di esigere per il favore speciale della legge (2).

Facciamo l'applicazione di questo procedimento all'esempio, che abbiamo testè adottato.

Il patrimonio è di 20,000 franchi. Livia, la sposa, è legataria dell'usufrutto della metà.

Giulio, uno dei tre figli, è legatario della piena proprietà di un quarto.

Ora il coniuge ha dritto all'usufrutto di un quarto in virtù di un privilegio personale senza concorso con veruno. Gliene vien fatto l'abbandono preliminare, e con ciò si esaurisce il disponibile coniugale per rientrar poi nel disponibile ordinario.

Su questo disponibile Livia ha dritto inoltre all'usufrutto di un altro quarto, equivalente ad un ottavo in proprietà, ed ella concorre con l'altro legato, che è di un quarto.

Livia dunque pretende sul disponibile ordinario 2500 franchi, ottavo della successione; Giulio 5000 franchi, quarto della successione. La somma dei legati è di 7500 franchi. Il disponibile da distribuirsi tra loro è un quarto della successione, ossia 5000 franchi; l'eccesso è di un terzo.

Bisogna fare subire la riduzione di un terzo a ciascun legato.

(1) Signori Toullier, t. V, n. 872. Coin Delisle su 1094, n. 18. Zachariae, § 689, t. V, p. 2·5.

(2) Marcadè sull'art. 1100, n. 111. Boutry, *Saggio sulle donazioni tra coniugi*, n. 497, e 504. Delvincourt, t. II, p. 223, ediz. del 1834, fa concorrere sul disponibile il meno esteso tutt'i legati, compreso quello del coniuge senz'averlo precedentemente ridotto. Di talchè fa soffrire gli altri legatari del concorso di un legato, che in seguito si eseguirà su di un disponibile a parte. Si vede l'ingiustizia di questa combinazione.

Livia prenderà un valore di . 1666 f. 66 c.
Giulio prenderà . . . . . 3333 f. 34 c.

Somma totale uguale alla quota disponibile. . . . . . 5000 f. 00 c.

La sposa riceverà l'equivalente di 1666 f. 66 c. in usufrutto, vale a dire il godimento di una somma doppio . . . . 3333 f. 32 c.
Che riuniti alla somma di 5000 fr., della quale gode già per favore . . . . 5000 f. 00 c.

Le procurerà l'usufrutto di un valore totale di 8333 f. 32 c.

Nel sistema precedente ella non aveva dritto, che all'usufrutto di un valore . . . . . 7500 f. 00 c.

Differenza in favore della moglie . . . . 833 f. 32 c.

O in proprietà. . . . . 416 f. 66 c.
Da un altro lato il figlio ha minor benefizio dalla divisione. Egli aveva nel primo calcolo. . . . . . 3750 f. 00 c.
Non ha più che . . . . . 3333 f. 34 c.

Differenza a suo danno . . 416 f. 66. c.

Per terminare di giustificare il secondo sistema si aggiunge, che facendosi, come si è detto, si rispetta molto meglio le intenzioni del disponente. Nel fare un dono considerevole a favore di colui ch'è gratificato dalla legge del più forte disponibile, ha avuto certamente riguardo a questa disposizione della legge, ed ha riflettuto, che in una certa misura non vi sarebbe concorso tra questo legatario e gli altri legatari.

2617. Per lo contrario noi pensiamo, che le intenzioni del defunto sono violate dal secondo procedimento, il che soprattutto è quello, che ci fa dare la preferenza al primo sistema. Il testatore ha espresso la sua volontà in termini precisi; egli ha fatto ed ha voluto fare due legati uguali in valore. A sua moglie ha donato in usufrutto l'equivalente di quello, che ha donato a suo figlio in piena proprietà, cioè 5000 franchi a ciascuno Ora come sarebbe possibile, che la riduzione fosse equa, se invece di pervenire ad una simile proporzione, mettesse nel risultamento finale una ineguaglianza, che non esiste nella disposizione? Si oblia forse, che l'ammessione di tutti i legatari al disponibile più elevato è precisamente fondato sull'intenzione del testatore di accordare a tutti un favore uguale? (1) E si anderebbe a buttarsi in delle ineguaglianze offensive, quando a questa intenzione presunta si aggiunge la volontà formalmente espressa nel testamento e formolata in valore della medesima importanza! Di che potrebbe dolersi il coniuge sopravvivente? Oserebbe dirsi ferito dalla sua eguaglianza col legatario? Poichè profitta della chiamata risultante dal testamento, non deve egli contentarsi della parte uguale, che questo atto gli assegna?

2618. Del resto gli arresti non ci danno verun lume su questo punto, non essendosi la quistione presentata innanzi di loro per modo da necessitare una soluzione. In una specie giudicata da un arresto della corte di Limoges dei 24 di agosto 1822 vi si è toccato molto da vicino, ma il consenso delle parti la fece scomparire.

Un signor Champeil aveva legato ad Antonio suo figlio per anteparte il quarto della sua successione ed a sua moglie la metà in usufrutto della stessa successione. Morì, lasciando più di tre figli. La più forte quota disponibile era stata oltrepassata, e vi era luogo a riduzione. Ma Antonio consentì, che la metà dell'usufrutto di sua madre gravasse dapprima sul suo quarto di precapienza. Grazie a questo consenso ere possibile di eseguire le disposizioni del testamento senza nuocere ai dritti dei legittimari, poichè i due legati riuniti non eccedevano un quarto in piena proprietà ed un quarto in usufrutto. La difficoltà della riduzione era allontanata e la corte di Limoges ordinò, farsi la divisione sulle basi convenute tra le parti (2).

Ecco un'altra specie, che si accosta del pari alla quistione, ma che a ragione delle circostanze non ha avuto occasione di addentrervi.

Una signora Rudigoz è morta nel 1839, lasciando quattro figli. Con un testamento aveva legato a suo marito l'usufrutto di tutto ciò, che la legge gli permette di donare, ed a due dei suoi figli per precapienza la intiera proprietà del quarto di tutti i suoi beni.

I figli non vantaggiati pretesero di restringere tutti i legati allo quota dell'art. 913. Il marito sopravvivente ed i figli vantaggiati, agendo di concerto, dimandarono il disponibile più largo, quello dell'art. 1094, e niente dippiù.

Il tribunale di Lione l'8 di aprile 1843 accoglie la domanda dei legatari, ordina, che sia prelevata sulla messa un quarto in piena proprietà ed un quarto in usufrutto, salvo a questi ultimi a porsi di accordo tra loro per regolare i loro interessi.

La corte di Lione il 14 di giugno 1844 conferma la decisione.

Ricorso in cassazione fondato sulla violazione dell'art. 926. Ma la camera civile rigetta il ricorso con arresto dei 12 di luglio 1848 « atte-

(1) *Sopra*, n. 2607.

(2) (Devill., 7, 2, 118). V. anche Turin, 13 aprile 1810 (Devill., 3, 2, 237).

« sochè il modo di riduzione proporzionale in-
« dicato dall'art. 926 del codice civile nei casi,
« in cui le disposizioni testamentarie eccedono
« la quota disponibile, ha per obietto di rego-
« lare i dritti rispettivi dei legatari, e che quan
« do questa quota è stata determ nata, essendo
« senza interesse in tale regolamento. non han
« no qualità per intervenirvi; attesochè in con
« seguenza l'arresto impugnato riserbando in
« seguito della determinazione della quota di-
« sponibile i dritti dei legatari gli uni dirim-
« petto agli altri, non ha commesso verun ec-
« cesso di potere, e non è contravveunto all'ar-
« ticolo precitato (1) ».

2619. Dopo di avere veduto come la quota disponibile tra coniugi si concilia con la quota disponibile ordinaria, bisogna vedere quello, che diviene questa quota coniugale in caso di rinunz a del beneficiario.

Dunque se il coniuge donatario rinunzia alla liberalità che gli è stata fatta, questa rinunzia allargherà la quota disponibile? Le dispos z oni ulteriori dovranno avere effetto? ovvero gli eredi avranno dritto di pretendere, che il beneficio di questa riduzione deve loro profittare per dritto di accrescimento?

Supponiamo una donazione fatta da un coniuge all'altro dell'usufrutto di tutti i beni, che il primo lascerà nel momento della sua morte. Dopo la morte del disponente il sopravvivente rinunzia, essendo le cose tuttavia intiere e prima di qualunque accettazione (2). Chi profitterà della rinunzia? i riservatari o i donatari e legatari?

Bisogna rispondere, che la rinunzia dello sposo sopravvivente accresce la quota disponibile ordinaria. Tale rinunzia facendo svanire intieramente un dritto di usufrutto, che sin là non era, che una speranza, questo dritto non fa più ostacolo alle liberalità posteriori del defunto.

Indarno gli eredi per profittare di questa rinunzia invocano l'art. 786, che stabilisce la regola, che la quota del rinunziante giova ai suoi coeredi. Questo articolo suppone, che il rinunziante sia egli stesso ereda del medesimo ordine di coloro, ai quali deferisce la sua quota. Esso formola un dritto reciproco tra gli eredi naturali e gli eredi *ab intestato*. Per lo che non potrebbe regolare i rapporti delle persone, che non raccolgono tutta allo stesso titolo i beni della successione, e tra le quali la reciprocanza non esiste. Lo che si verifica nella nostra specie tra gli eredi ed il donatario rinunziante.

La giurisprudenza ha sempre proscritta la pretensione degli eredi, ed ha fatto volgere la rinunzia dello sposo donatario nelle circostanze, che abbiamo descritte, a favore de' beneficiari ulteriori, le cui donazioni sono divenute efficaci.

Citeremo una sola specie tra molte altre simili.

Il 23 termidoro anno 10 il signore di Montlaur sposa la signorina de Lacoste, e nel contratto di matrimonio gli dona in caso di sopravviveuza il godimento di tutti suoi beni. Il 28 di gennaro 1835 il maggiore de' figli nati da questa unione si ammoglia egli stesso, e riceve da suo padre e sua madre donazione per precapienza di un quarto di tutti i loro beni presenti e futuri.

Nel 1839 il signore di Montlaur muore; la donazione per anteparte è attaccata da uno dei figli non vantaggiati Per farla valere la madre dichiara con atto notariale del 1839 di rinunziare formalmente a tutt'i vantaggi, che gli rivengono sulla successione del marito.

Una discussione essendosi impegnata sull'autorità e gli effetti di questa rinunzia, il Tribunale e la Corte di Tolosa (3) convalidarono la precapienza del primogenito, in considerazione del quale la madre aveva agito, e sul ricorso, questo fu rigettato con arresto della Corte di cassazione de' 20 di dicembre 1843 (4): « attesochè in dritto la rinunzia, il « cui risultamento è di estingnere i dritti ap « partenenti al rinunziante, non perde il ca- « rattere, che gli è attribuito dalle leggi per « la sola ragione, che apre de' dritti, de' quali « quelli del donante avrebbero impedito l'e- « sercizio; attesochè la rinunzia della vedova « Montlaur ad un dritto personale, e la cui « esistenza era il solo ostacolo all'esecuzione « delle liberalità fatte a profitto del figlio nel « 1835, ha avuto per effetto necessario di ren- « dere ogni efficacia legale a queste liberalità, « che non erano nulle in se stesse, ma sola- « mente subordinate ad una condizione, e non « eseguibili per mancanza di materia... ecc: »

2620. Ma se quando la rinunzia è intervenuta le cose non erano più intiere; se il donatario aveva di già dopo l'apertura della successione accettata la liberalità. che gli è stata fatta, in questo caso non sarebbe più recettibile a cambiare di avviso, ed a ripudiare ciò, che dapprima ha accettato. La donazione ha prodotto il suo effetto; gli elementi, che servirono a fissare la quota disponibile e le imputazioni da farsi su questa quota, sono oramai determinate, e non dipendono dalla volontà arbitraria delle parti. L'interesse de' terzi, in

(1) Camera civile (Devill., 48, 1, 473).
(2) *Sopra*, n.i 2516 e 2517.
(3) Tolosa, 15 aprile 1842 (Devill., 42, 2, 385).
(4) Devill., 44, 1, 214. *Aggiungi* Bordeaux, 5 febbraio 1844 (Devill., 44, 2, 34). Agen, 22, aprile 1844 (Devill., 44, 2, 391). Riom, 6 maggio 1846 (Devill., 46, 2, 397). Tolosa, 11 febb. 1845 (Devill., 45, 2, 207). Benech, p. 472.

particolare quello de' riservatari, ch'esige della certezza, sarebbe compromessa dalla libertà accordata al coniuge sopravvivente di cambiare di risoluzione e di favorire così il figlio legatario in detrimento de' figli non vantaggiati. Il coniuge ha accettato, ed è divenuto usufruttuario della metà della successione. Se in seguito egli rinunzia, chi ne profitterà? I nudi proprietari, gli eredi riservatari; tal' è il risultamento necessario di un estinguimento di usufrutto. In quanto alla validità delle altre liberalità o alla riduzione, che debbono subire, è un punto irrovocabilmente deciso giusta il primo partito preso dal coniuge relativamente alla donazione di usufrutto, che ha ricevuto dal suo consorte.

In sostegno di questa proposizione bisogna citare un arresto della Corte di cassazione dei 12 di gennaro 1853.

Dopo una donazione reciproca ed universale in usufrutto tra' futuri coniugi di Charentais col loro contratto di matrimonio, il marito aveva ottenuta l'erezione di un maggiorato a suo favore ed a favore della sua discendenza mascolina per ordine di primogenitura.

La madre, che sopravvisse, figurò in diversi atti relativi alla liquidazione della successione di suo marito a causa do' dritti, che le conferiva il suo contratto di matrimonio; e della pagò i dritti di mutazione a suo carico come donataria in usufrutto. Tuttavia ulteriormente dichiarò con atto di patrocinatore a patrocinatore, rinunziar ella, se vi era bisogno, a' vantaggi risultanti dal suo contratto di matrimonio, io quanto sarebbe necessario, onde la costituzione del maggiorato sortisse il suo pieno ed intiero effetto.

Il tribunale di Tours considerò questa rinunzia come nulla « attesochè nel manifestare « (dapprima) l'intenzione di profittare della li« beralità fatta a suo favore da suo marito, essa « ha con ciò invariabilmente fissato i dritti di « tutte le parti, e specialmente i dritti di suo « figlio maggioratario, come quelli di sua fi« glia erede a riserva; la quale ha potuto con« siderare la sorta della successione come in« variabilmente fissata mercè la sua accetta« zione, ed in questa confidenza regolare io « conseguenza la sua posizione ed i suoi inte« ressi. cui non potrebb'essere permesso ad un « donatario, che ha accettato, di recare offesa, « ritornando sulla sua accettazione per favori« re un altro donatario, attesochè non si po« trebbe ammettere in effetti, che una dona« zione contrattuale possa dopo la morte del « donante essere alternativamente accettata o « ripudiata a grado del donatario, senza lede« re il principio d'ordine, che domina questa « materia, e che ha specialmente per obbietto « di preservare i dritti e gl'interessi de' terzi « dal turbamento e dall'incertezza, che segui« rebbero i cambiamenti facoltativi di volon« tà.. ecc. »

Sull'appello la corte d'Orleans ha confermato il 4 di agosto 1849 (1), ed il ricorso contro di quest'arresto è stato rigettato dalla Camera civile della corte di Cassazione de' 12 di gennaio 1853 « attesochè dall'accettazione, che « la vedova aveva fatta subito dopo la morte « di suo marito della liberalità in usufrutto, « erano risultati a favore de' due figli de' dritti « rispettivamente acquistati; ch' essa non ha « potuto distruggere nè modificare questi drit« ti, per effetto di una rinunzia ulteriore, che « avesse fatto a questa liberalità (2) ».

2621. Ci rimane a trattare una quistione di capacità, che ha dell'importanza. Essa concerne il minore, che pendente il suo matrimonio fa una liberalità al suo consorte. Abbiamo veduto più sopra (3), che il minore non può fare una donazione al suo coniuge pendente il matrimonio, e che il carattere rivocabile della donazione tra coniugi non è un ostacolo all'applicazione del principio di capacità stabilito dagli articoli 903 a 904 (4). Ma egli può disporre de' suoi beni per testamento e sino alla concorrenza della metà della quota disponibile mess' a disposizione del maggiore. Diciamo, dovere rimanere circoscritto in questi ultimi limiti, perchè il minore, ch'è maritato, non è talmente emancipato dal matrimonio, che possa usare senza restrizione del beneficio dell'art. 1094. Gli articoli 903, e 904 del codice Napoleone (a) gli sono applicabili (5).

Egli è vero, che secondo l'art. 1095, che spiegheremo fra un istante, il minore può per contratto di matrimonio fare le stesse disposizioni del maggiore. Ma è perchè in questo caso il minore vien rilevato dalla sua incapacità dall'assistenza della famiglia. Qui il minore è solo, abbandonato a sè stesso, ed esposto alle illusioni di una età inispermentata.

L'applicazione di questo principio ha fatto sorgere una difficoltà, che sarà meglio compresa, se riferiamo una specie. Semplicia Muguet, minore, lega al sig. D.... suo marito la totalità de' beni, de' quali è permesso di disporre; muore in minoretà, lasciando superstiti suo pa-

(1) Devill., 50, 2, 202.

(2) Devill., 53, 1, 71. V. nel medesimo senso Limoges, 18 maggio 1842 (Devill., 42, 2, 533). Parigi, 12 gennaro 1848 (Devill., 48, 2, 79).

(3) N. 587.

(4) Tolosa 27 novembre 1841. (Devill., 42, 125). Parigi, 11 decembre 1842. (Devill., 4, 2, 214). Limoges, 15 gennaro 1832 (Devill., 7, 2, 6). Bordeaux 24 aprile 1834. (Devill., 34, 2, 461). Grenier, numero 461, t. III, p. 464, ediz. del sig. Bayle-Mouillard. Duranton, t. VIII, n. 187. Vazeille, art. 904, n. 3.

(a) Leggi civili art. 819 ed 820. *Il trad.*

(5) V. anche *infra*, n. 2545.

dre Sabino Muguet, i suoi fratelli, e le sue sorelle consanguinee figli di Sabino Muguet. Dopo della sua morte nasce a Sabino Muguet un altro figlio, di già concepito nella morte di Simplicia, il quale muore poco dopo.

Simplicia Muguet non aveva potuto disporre, che delle metà de' beni, di cui avrebbe potuto disporre in maggioretà (art. 904) (a) Ora, maggiore, ella avrebbe potuto disporre di tre quarti, poichè la riserva legale del padre era del quarto. Epperò ella poteva disporre a favore di suo marito della metà de' tre quarti, o tre ottavi. Ma a questi tre ottavi non bisognava aggiungere conformemente all' art. 1094 l'usufrutto della metà della riserva legale, e di più l'usufrutto della metà, che ricadeva a' fratelli *ab intestato?*

Non vi era difficoltà per l' usufrutto della metà della riserva legale, ed il padre vi consentiva. D'altronde l'art. 1094 metteva ostacolo ad ogni resistenza da parte sua. Ma non era lo stesso dell' usufrutto della metà, che perveniva agli altri fratelli come successori *ab intestato*. Si diceva al signor D..... ; se vi si accorda la metà dell' usufrutto della parte riserbata al padre, è perchè l'art. 1094 ne contiene la espressa disposizione. Senza di essa vi dovreste contentare della metà di tre quarti conformemente all' art. 904 del Codice. Ora quest' art. 1094, ch' è la sorgente della vostra argomentazione di dritto, è muto su quello che concerne l' usufrutto della metà, che perviene a' fratelli ed alle sorelle. Dunque non è permesso di donarvi questo nuovo supplemento, perchè sarebbe andare al di là degli art. 904 e 1094.

Questo sistema è stato adottato con arresto della Corte di Tolosa de' 27 di nov. 1841 (1).

Nullostante questa Corte è stata obbligata di riconoscere, esservi in questo risultamento qualche cosa di contrario alla giustizia ed alla ragione; percinecchè l' ascendente è molto più da favorirsi de' fratelli e delle sorelle; e se la legittima del padre è colpita dall' usufrutto sino a concorrenza della metà, non è egli singolare, che non sia lo stesso della metà de' beni, che passano a' collaterali? Ma la C. si arresta dinanzi un testo, che le sembra preciso, benchè la legge sembrasse incompleta ed ingiusta.

Nonpertanto si potrebbe obiettare, che prendendo l' art. 1094 nel suo vero spirito, esso ha inteso, che quando il coniuge non aveva figli, la totalità de' suoi beni potrebbe restare nelle mani del coniuge sopravvivente gratificato, e ciò parte in piena proprietà e parte in usufrutto; che per conseguenza la minore-à riduce questo dritto a metà, e che veruna particella dell' eredità vi deve sfuggire per metà.

ARTICOLO 1095 — (1049)

Il minore non potrà per contratto di matrimonio donare all'altro coniuge, sia per donazione semplice, sia per donazione reciproca, che col consenso e l'assistenza di coloro, il cui consenso è richiesto per la validità del suo matrimonio; e con tale consenso potrà donare tutto ciò, che la legge permette allo sposo maggiore di donare all'altro coniuge (b).

SOMMARIO

2622. Obietto e motivo del nostro articolo — Rinvio.
2623. Del minore, che si marita con una dispensa di età.
2624. Il minore ricotra nel dritto comune, se gratifica una persona diversa del suo coniuge, o se gratifica il suo coniuge in pendenza del matrimonio.
2625. Del consenso, che il minore deve ottenere. — Senso della parola « assistenza ».
2626. Della pruova del consenso de' parenti.
2627. Il parente può dare un mandato ad un terzo, ma un mandato speciale.
2628. E la specialità cui sia espressa nell'atto autentico, che lo contiene.
2629. Queste regole reggono il caso, in cui consente il Consiglio di famiglia.
2630. Arresto conforme.
2631. La nullità risultante dall' inosservanza del nostro articolo è relativa? Arresto della Corte di Cassazione.

COMENTARIO

2622. Definivamo nel numero precedente la posizione del minore di già maritato, che in pendenza del matrimonio, ed essendo tuttavia in istato di minoretà, vuol fare una liberalità al suo coniuge. L' art. 1095 s' occupa della capacità del minore, che prima di maritarsi e col suo contratto di matrimonio gratifica il suo futuro coniuge. Questa specie è differentissima dalla precedente. Le disposizioni per contratto di matrimonio hanno per obbietto di facilitare delle unioni, che sono la pepiniera dello Stato, ed il legislatore ha voluto favo-

(a) Leggi civili art. 820. *Il trad.*

(1) Devill., 42, 2, 124, 121. *Palazzo*, 1841, t. 1, p. 118.

(b) È uniforme a quest' articolo l' art. 1049 delle L. civili. *Il trad.*

Digitized by Google

rirle, allargando specialmente la capacità dei minori. Ma le donazioni in pendenza del matrimonio non hanno questo scopo di pubblica utilità. La legge le considera anche di un'occhio di diffidenza *ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate* (1).

Adunque il nostro articolo vuole, che il minore col consentimento e l'assistenza delle persone, il di cui consenso è richiesto per la validità della sua unione coniugale, possa per contratto di matrimonio donare all'altro coniuge tutto ciò, che un maggiore potrebbe donargli.

In tesi generale un minore dell'età di meno di sedici anni non può assolutamente disporre. Dippiù il minore pervenuto all'età di sedici anni, non può fare donazione tra vivi ; se la legge gli permette di donare per testamento, essa limita questo dritto, autorizzando soltanto la libera disposizione della metà de' beni, di cui la legge permette di disporre al maggiore (2). Ma il minore, che si rimarita, è rilevato dal favore dell'atto, al quale va a procedere, e dal concorso delle persone, che l'assistono col loro consenso.

Abbiamo esposto le idee, sulle quali riposa questo punto di dritto nel comentario dell'articolo 1398 del Codice Napoleone (3), ch'è il complemento dell'art. 1095. L'art. 1398 (a), generalizza la regola, che l'art. 1095 (b) aveva unicamente formolata per le donazioni per contratto di matrimonio. L'art. 1309 (c), viene a corroborarla o metterla in maggior luce. Noo ritorneremo su tutto quello, che abbiamo detto ed insegnato nel precitato comentario.

2623. E notiamolo bene; non solo è il minore abile a contrarre matrimonio secondo lo art. 144 (d) è quello, che riceve dal nostro articolo la capacità di disporre in favore del suo futuro coniuge, non è ancora il minore, che secondo l'art. 145 (e) ha ricevuto dall'imperatore una dispensa di età.

L'autorizzazione accordata di contrarre matrimonio prima dell'età legale ha per effetto di attribuire a colui, che l'ha ottenuta tutt'i dritti e tutta la capacità conferita dalla legge a colui, che ha l'età richiesta (4).

2624. Il privilegio, che l'art. 1095 accorda a' minori, essendo limitato nella sua causa, non potrebbe quindi essere reclamato che in ragione dell'interesse esclusivo, che l'ha fatto stabilire. Così i minori, che si maritano non sono rilevati dalla loro incapacità, che quando si gratificano l'uo l'altro. Eglino non potrebbero relativamente ad un estraneo uscire dal circolo, ove li racchiudono gli art. 903 e 904.

Così ancora, come testè lo dicevamo (5), il minore rientra nel dritto comune per le donazioni, che fa non già col contratto di matrimonio, ma pendente il matrimonio, anche quando la liberalità si dirigesse al suo coniuge. Il perchè è stato giudicato, che uno sposo minore, avendo di già sedici anni, non può, pendente il matrimonio, lasciare per testamento al suo coniuge, se non la metà di ciò, ch'essendo maggiore, potrebbe lasciargli (6).

2625. Un'altra condizione essenziale per l'applicazione dell'art. 1095, sulla quale bisogna, che insistiamo un momento, è, che il minore agisca nel suo contratto di matrimonio col consentimento e l'assistenza di coloro, il cui consenso è richiesto per la validità del suo matrimonio.

Beochè la legge dica : « consenso ed assistenza », non è certamente necessario, che i parenti siano presenti in persona nel momento della stipulazione del contratto di matrimonio, il che talvolta sarebbe impossibile. La legge non ha voluto loro interdire di esprimere la loro approvazione per iscritto o di farsi rappresentare da mandatari. Niente è più evidente, perocchè possono eglino dare per iscritto il loro consenso allo stesso matrimonio, che ha maggiore importanza (7), ovvero anche consentirvi per l'organo di un mandatario munito di una procura speciale ed autentica (8).

2626. Bisogna, che l'atto, che constata il consenso o la procura sia autentico. Dapoichè la legge esige l'autenticità pel contratto di matrimonio e per quello, che ne forma un annesso necessario. Il consenso del genitore, che completa la capacità di suo figlio minore deve essere circondato dalle stesse garentie d'indipendenza e di lumi dello stesso consenso del figlio. Gli articoli 36 e 73 del codice Napoleone concernenti il consenso al matrimonio

(1) L. 1, D., *De donat. inter vir. et ux.*
(2) Articoli 903 a 904 C. Nap. *Sopra*, n.i 383 e seg.
(3) V. il nostro comm. del *Contratto di matrimonio*, n.i 265 e seg.
(a) Leggi civili art. 1352. *Il trad.*
(b) Leggi civili art. 1041. *Il trad.*
(c) Leggi civili art. 1263. *Il trad.*
(d) Leggi civili art. 152. *Il trad.*
(e) Quest'articolo non è stato riprodotto nelle nostre leggi civili, le quali avendo ribassato l'età necessaria per contrarre matrimonio a 14 anni per l'uomo ed a 12 per la donna, non vi poteva essere luogo a dispensa di età. *Il trad.*

(4) Bastia, 3 febb. 1836. (Devill., 36, 2, 247).
(5) N. 2621.
(6) Parigi, 11 dicembre 1812. (Devill., 4, 2, 214). Limoges, 15 genn. 1822. (Devill., 7, 2, 6). Bordeaux, 24 aprile 1834. (Devill., 34, 2, 461). V. *sopra*, la combinazione degli articoli 904 e 1094, n. 2621.
(7) Art. 73 Cod. Nap.
(8) Art. 36, C. Nap., il mio comentario del *Contrat. di matrimonio*, n. 282. Duranton, t. IX, n. 765. Rolland de Villargues, Repert. del notar. v° *Contratto di matrimonio*, n. 25. V. l'arresto di Douai, riferito *infra*, n. 2630.

forniscono un potente argomento di analogia (1). Dippiù come il notaio si assicurerebbe della verità della sottoscrizione dell' atto sotto firma privata, che gli si presentasse? Una negazione di scrittura potrebbe dunque dopo rimettere in quistione la validità del contratto di matrimonio, contrastando uno de'suoi elementi essenziali? (2).

2627. Siccome il consenso degli ascendenti o del consiglio di famiglia deve servire di protezione al minore, bisogna, che questo consenso sia ponderato e speciale ad un contratto di matrimonio, le di cui clausole abbiano potuto essere esaminate (3). Se dunque il parente, che deve consentire dasse mandato ad una terza persona di rappresentarlo nel contratto di matrimonio, e di approvare tutte le convenzioni matrimoniali, che vi fossero proposte, lo scopo della legge non sarebbe adempito. Un mandato così vago non sarebbe un esercizio, ma una delegazione della patria potestà, delegazione, che non è permessa. Come l'autorizzazione relativa al matrimonio dev' essere speciale e designare la persona, che il minore è autorizzato a sposare (4), così il consenso alle clausole del contratto di matrimonio deve versare sopra punti precisi, conosciuti e definiti. L'ascendente è chiamato a dirigere il minore. Nè egli adempie la sua missione, quando abbandona intieramente la decisione sia ad un mandatario qualunque, sia allo stesso discendente.

Ne siegue, che in simile circostanza le donazioni contenute nel contratto di matrimonio sarebbero considerate come fatte da un minore senz' autorizzazione, e sarebbero annullabili (5). Nè la nullità potrebbe coprirsi, che dopo la dissoluzione del matrimonio (6).

2628. Si è pensato (7), che le convenzioni non dovessero essere dichiarate nulle per questo solo, che il padre abbia dato un mandato in termini generali, se restassero d'altronde de' documenti degni di fede, constatanti avere il terzo ricevuto dal padre delle istruzioni conformi alle convenzioni inscritte nel contratto di matrimonio, o che il padre le avesse approvate prima della celebrazione del matrimonio. Allora è una quistione di fatto.

Noi crediamo, che nella materia così grave del matrimonio il legislatore esclude l'incertezza delle pruove ordinarie, e non ha fede, che negli atti notariali. Abbiamo sufficientemente provato, la procura deve essere speciale. Ora tutto quello, che non è attestato da un uffiziale pubblico è qui come non avvenuto. Non è permesso di completare con l'aiuto di pruove estrinseche, quali si siano, un atto notariale di consenso, che non sarebbe permesso di supplire con questo mezzo, se non esistesse affatto. Se pel rigore di questa dottrina si cagiona talvolta una nullità dispiacevole, si prevengono delle difficoltà nel maggior numero dei casi.

2629 Quello che abbiamo detto dei caratteri, che il consenso dell'ascendente deve presentare, è applicabile al caso, in cui il consiglio di famiglia è incaricato della missione dell'assistenza del minore (8). Epperò non basta, che il consiglio di famiglia nomini un delegato per assistere al contratto di matrimonio, esaminarlo, ed approvarne le disposizioni in nome del consiglio, bisogna inoltre, che un progetto del contratto di matrimonio sia sottoposto al consiglio, e riceva direttamente il suo assenso. Il consiglio nomina in seguito uno dei suoi membri per rappresentarlo nel momento della stipula dell'atto, che deve essere conforme alla deliberazione. Si comprende l'importanza di questa maniera di agire, soprattutto nel caso preveduto dal nostro articolo, in cui il minore fa una donazione al suo coniuge; il consiglio deve essere informato di questa donazione e della sua latitudine, e se non autorizza il minore a farla che con delle restrizioni, costui sarà obbligato di contenersi nei limiti tracciati dall' assemblea della famiglia, quale che sia il parere del parente, che rappresenta il consiglio.

Che se si elevano delle discussioni, ed esse inducono la necessità di qualche cambiamento nella stabilita redazione, bisognerà una nuova deliberazione del consiglio conformemente all' articolo 511 del codice Napoleone, che può servire qui di argomento.

2630. Ecco del resto una specie, nella quale il principio della delegazione del potere del consiglio è stato ristretto dalla corte di cassazione nei limiti, che abbiamo indicato.

Una signorina Delasalle, minore senza ascendenti, è dimandata in matrimonio da un signore Stamler.

Il Consiglio di famiglia autorizza il matrimonio. e « per autorizzare ed assistere la mi« nore in tutti gli atti civili, che dovranno pre« cedere il matrimonio, le nomina per cura« tore *ad hoc* la persona del sig. Bacqueville, « al quale aggiunge i sig. Perin e Germont ». In tempo della redazione del contratto di matrimonio la futura è assistita dal suo tutore e dai tre delegati del consiglio; una delle clau-

(1) V. *sopra*, n. 1084.
(2) *Contra*, Rolland de Vill., Repert. del notar. v° *Contratto di matrimonio* n. 6
(3) Il mio comentario del *Contratto di matrimonio*, n. 282.
(4) Art 73 C. Nap. (*).

(*) Leggi civili art. 73. *Il trad.*

(5) V. *Infra*, n. 2631, un arresto della Corte di cassazione che può essere invocato per argomento.
(6) Il mio comentario del *Contratto di matrimonio*, n.i 285, 286, 287, 288. Rolland de Vill, *loc. cit.*, n. 27.
(7) Coin-Delisle sull' art. 1095, n. 1.
(8) Duranton, t. IX. n. 765; Delvincourt, t. II. pagina 197, ediz. del 1834; Poujol su 1095, n. 2.

sole del contratto contiene una donazione reciproca a favore del sopravvivente dell' usufrutto di tutti i propri del premorto.

La signorina Delasalle muore qualche tempo dopo il matrimonio senza figli. I suoi eredi dimandano la nullità della donazione, perchè è stata autorizzata, non dal consiglio di famiglia, ma da tre dei suoi membri, che soli non avevano qualità di farlo.

Arresto della corte di Douai dei 13 di decembre 1835, che pronunzia questa nullità: « attesochè se nel caso dell' art. 160 del cod. « civ., l' assistenza nella persona di tutti i « membri del consiglio di famiglia alla redazione dell'atto antenuziale non è necessaria, il « loro consenso è espressamente richiesto per « la validità delle donazioni, che il minore « vuol fare all'altro coniuge, come lo è per la « validità del suo matrimonio ; che la legge « temendo con ragione, che non sia vittima « della sua inesperienza o delle sue passioni, « ha sottoposta la facoltà, che gli ha data di « disporre così dei suoi beni alle stesse condizioni della facoltà di disporre della sua persona... ecc. ».

Sul ricorso arresto di rigetto dei 9 marzo 1838, così concepito:

« Attesochè è provato dal contratto di matrimonio della signorina Montuy Delasalle col « signor Stoulder, che la signorina Delasalle, « allora minore, ha donato a Stoulder, suo futuro sposo, l' usufrutto di tutti i suoi beni « propri con dispensa dalla cauzione.

« Attesochè la corte di Douai interpretando « la deliberazione dei 13 di aprile 1834 mercè « la quale il consiglio di famiglia ha delegato « tre dei suoi membri per assistere la minore « negli atti civili, che dovevano precedere il « matrimonio, ha considerato, che questa deliberazione non importava autorizzazione di « fare donazione ; che risulta inoltre dal suo « arresto di non essere stata data veruna co- « noscenza al consiglio di famiglia di questa « donazione ;

« Attesochè dichiarando in queste circostanze, che i membri delegati del consiglio di « famiglia non avevano ricevuto facoltà di autorizzare la donazione, ed a tal effetto non « avevano potuto validamente rappresentare il « consiglio di famiglia, e che in conseguenza « questa donazione era nulla, come fatta da « una persona incapace, la corte di Douai non « ha falsamente interpretato nè violato gli articoli 1095, 1309 e 1398 del codice civile (1)... ecc. »

2631. Ho detto nel mio *Com. del Contrat. di matrimonio*, che la nullità, che risulta dall'inosservanza dell'art. 1398 (a), è una nullità relativa alla persona del minore(2), e della quale egli solo può argomentare. Questa è pure l'opinione comune, che si fondò sull'art. 1125 del codice Napoleone (b) o sui principi generali della materia, secondo i quali il minore ha un principio di consenso e di capacità, che non ha bisogno, che di essere fortificato dalle precauzioni stabilite nell'interesse unico del minore.

Nulladimeno questa proposizione non è stata sanzionata dalla Corte di cassazione, che con arresto dei 5 di marzo 1855 (3), emanato dalla camera civile, ha deciso, che i terzi possono anche essi prevalersi della nullità del contratto di matrimonio risultante dalla minoretà ; che nel contratto di matrimonio, ove tutto deve essere fisso, stabile, ed ove dominano delle necessità di ordine pubblico, la nullità cessa di essere relativa per divenire assoluta ; di tal che un terzo, al quale una donna oppone il suo contratto di matrimonio contenente stipulazione di dotalità, può argomentare dalla mancanza di assistenza e di consenso delle persone, che avrebbero dovuto dirigerla, e quindi fare decidere, anche dopo 15 anni di matrimonio, che questo contratto di matrimonio è nullo e che questa donna è maritata sotto il regime legale della comunione e non sotto il regima dotale. Questo arresto renduto sotto la mia presidenza, ma non senza dei grandi scrupoli da parte mia, avrebbe forse bisogno di fondarsi su di altre decisioni per dissipare tutti i dubbi. Checchè ne sia, esiste, e bisogna tenerne gran conto Si comprende l' influenza, che esercita sull'interpretazione dell'art. 1095. Ogni terzo, che vi avrà interesse, potrà fare dichiarare nulle e come non avvenute le donazioni fatte nei contratti di matrimonio da un minore non autorizzato al suo futuro coniuge. Che questo sia almeno un sufficiente avvertimento per le famiglie, onde non si allontanino dall'osservanza della legge (4).

(1) Devill., 38, 1, 201.
(a) Leggi civili art. 1352. *Il trad.*
(2) N. 288.
(b) Leggi civili art. 1079. *Il trad.*
(3) *Gazetta de' tribunali*, de' 7 marzo 1855
(4) Si è veduto *sopra*, n. 1126, che quando il minore non ha accettato una donazione con le formalità di protezione richieste dall' art. 935, il mezzo di nullità appartiene non solamente a questo minore, ma anche allo stesso donante. Questa soluzione riposa sull' imperfezione della donazione non accettata regolarmente.

ARTICOLO 1096 — (1050)

Ogni donazione fatta tra coniugi pendente il matrimonio, quantunque qualificata tra vivi, sarà sempre rivocabile.

La rivocazione potrà essere fatta dalla moglie senza esservi autorizzata dal marito nè dal giudice.

Tali donazioni non saranno rivocate per la sopravvenienza de' figli (a).

SOMMARIO

COMENTARIO

2632. Dopo di avere trattato delle liberalità, che i futuri coniugi possono farsi nell'atto, che regola le convenzioni matrimoniali, il legislatore si occupa nell'art. 1096 della capacità dei coniugi di farsi delle donazioni, pendente il matrimonio; questo secondo caso doveva essere accuratamente distinto dal primo. Il contratto di matrimonio è un patto domestico, sul quale la famiglia può esercitare una sorte di controllo protettore. Ma in pendenza del matrimonio i coniugi messi sotto l'influenza della vita comune ed intima, sono accessibili agli errori delle

(a) Uniforme a quest' articolo è l' art. 1050 delle L. civili. *Il trad.*

Digitized by Google

affezioni cieche ed a disp'acevoli trasporti. Per la qual cosa le leggi si sono sempre adombrate delle donazioni tra coniugi, dapoichè delle cattive passioni possono trovarsi a canto dei migliori sentimenti, e possono usurpare delle liberalità, che si debbono soltanto ad un'amicizia sincera, a delle cure disinteressate, e ad una continuazione di buoni offici.

2633. Il dritto romano ha trattato con molta saggezza ed estensione la materia delle donazioni tra coniugi. Abbiamo esposto nella prefazione del nostro comentario del contratto di matrimonio (1) l'origine della proibizione di queste donazioni e le diverse ragioni, per le quali si spiega nella società romana. Nè sono soltanto, checchè ne dica Plutarco, (2), i traviamenti dell'amicizia coniugale, che la fecero stabilire, ma fu ancora la sordida avarizia dei coniugi, stigmatizzata dai moralisti (3); e furono anche le facilità del divorzio spinte a tal punto, che il coniuge, il quale non otteneva dal suo consorte una donazione ambita dalla sua avarizia, lo ripudiava senza pudore. Per lo che divenne necessario di sottrarre il matrimonio a questo impero di venalità, e le donazioni tra marito e moglie furono colpite di disfavore dai costumi e dalle leggi.

Una circostanza rimarchevole si è, che la proibizione non si estendeva, che alle persone unite in matrimonio solenne e legittimo, e che coloro, che vivevano in quell'associazione di un ordine inferiore, che si chiamava concubinato (4), potevano, quantunque questa unione naturale fosse riconosciuta dalle leggi, farsi delle donazioni (5). Cujacio nel suo comentario del titolo del codice *de donat. inter vir. et ux* indica la ragione di questa differenza: *Cur autem concubinae donare licet, non uxori? Quia scilicet quo plenior est affectio et dignitas conjugalis, eo fuit refrenanda magis; alioquin nullum facerent finem donandi invicem, et spargendi munera* (6). Aggiungiamo, che si era voluto preservare da ogni offesa principalmente la purità e la dignità del matrimonio, e che era naturale di non preoccuparsi di meno rispettabili unioni (7).

2634. Del resto tutte le liberalità non erano indistintamente comprese nel divieto, del quale ci occupiamo; e dapprima le instituzioni di erede ed i legati, che non dovevano produrre effetto, che in morte di uno dei coniugi, vale a dire dopo la dissoluzione del matrimonio, non cadevano sotto la proibizione, salva la restrizione delle leggi decimarie (8).

In secondo luogo per lo stesso motivo si permetteva agli sposi di donarsi a causa di morte (9). Una liberalità sempre rivocabile a grado del donante porta con se il suo preservativo contra gli inconvenienti, che si voleva prevenire.

Infine per un equa interpretazione non si metteva nella classe delle donazioni vietate quelle che nel fatto non arricchivano il donatario (10).

2635. In seguito le idee si addolcirono, e siccome avveniva, che i donanti tra vivi confermavano molto sovente col loro testamento la liberalità fatta al coniuge amato, si dimandò, se fosse molto necessario di esigere questa conferma espressa, e se non se ne potesse trovare l'equivalente nel silenzio del donante, serbato sino alla sua morte. Questa idea non sembrò priva di verosimiglianza, ed Antonino Caracalla in vita di Settimio Severo, suo padre, e come associato all'impero, propose al Senato di rendere meno rigorosa la legge, che vietava le donazioni tra marito e moglie (11). In conseguenza venne stabilito su questa proposizione, che tali donazioni sarebbero confermate dalla morte del donante avvenuta in pendenza del matrimonio senzachè questo stesso donante si sia pentito (12). Codesto nuovo sistema non ebbe per effetto di rendere le donaz oni valide *ab initio*; e sinchè la morte non era ancora arrivata in sè stessa erano inutili (13). Se non che la morte senza pentimento dava loro una efficacia, che non attingevano nella loro origine, dapoichè la confermavano retroattivamente (14)

2636 Tale è l'ultimo stato del dritto romano sulle donazioni *inter virum et uxorem*; e questa giurisprudenza introdotta da Antonino Caracalla era quella, che si seguiva in Francia nei paesi di dritto scritto (15).

2637. Nei paesi di consuetudine altre idee erano prevalute. Il maggior numero delle consuetudini, specialmente quella di Parigi e di Orleans (16) vietavano ogni donazione ed ogni

(1) p. lvij.

(2) *Quistioni romane*, 7. Ricercando le cause della proibizione, egli ne dà questa sola ragione, cioè, che tra coniugi l'amore dev'essere senza salario nè estaglio mercenario qualunque, gratuito, e solo per riguardo di se stessi.

(3) Giovenale, *satire*, 6; Cujacio, *Recitaz. sol.* sotto il t. del C. de *Donat. inter vir. et ux.*

(4) *Influenza del cristianesimo*, part. 2, cap. 8.

(5) L. 31, D. *De donat.* (Papin.).

(6) Cujacio, t. IX, p. 494. B, ediz. di Modena, e sulla legge 31 di Papin. dig. *De donat.*, estratto dal lib. 12 delle risposte.

(7) De Savigny, t. IV. p. 171, trad. del sig. Guenoux.

(8) *Influenza del cristianesimo*, p. 2, cap. 11.

(9) L. 9, § 2, l. 10, D., *De donat. int. vir. et ux.*

(10) *Infra*, n. 2675.

(11) L. 32, D., *De donat. inter vir. et ux.*

(12) L. 1 a l. 25. C. *De donat. inter vir. et ux*

(13) *Infra*, n. 2656.

(14) *Infra*, n. 2641.

(15) Furgole sull'Ordin. del 1731, art. 46. Despeisses, *De' contratti*, p. 1, t. 14, della *donaz.*, sez. 1, n. 24. Guy Rousseau de la Combe, v° *Donaz.*, sez. iv, dis. 1.

(16) Parigi, art. 282; Sens, 71; Auxerre; 228; Orléans 280; Blois, 174; Bourgogne, 26; Anjou, 328; Le Maine, 340.

Digitized by Google

vantaggio diretto o indiretto tra marito e moglie pendente il matrimonio, le liberalità tanto mentanie del pari che le donazioni tra vivi. Altre impedivano soltanto le donazioni tra vivi, e permettevano le donazioni testamentarie (1). Ma quasi da per tutto, anche a Parigi ed Orleans, si autorizzava tra coniugi le donazioni reciproche sotto certe condizioni ed in quanto a certi beni (2). Non entreremo nel dettaglio delle consuetudini divergenti, delle quali si può leggere in Pothier un riassunto metodico (3).

Per giungere a questo rigore il dritto consuetudinario partiva da questa idea, cioè « che « durante il matrimonio l'amicizia si deve man« tenere e conservare per onore e nell'interno « del cuore, e non per doni(4);» il che era uno delle ragioni fondamentali del dritto romano, la quale ragione dice Coquille, (5) « è piena « di onore, perchè non sembra, che l'amici« zia, concordia, e grazioso trattamento sia da « vendersi, e per fare conoscere, che il vero a« more è nel cuore e non nell' esterno ».

Ma questo motivo non era il solo, nè sarebbe bastato per fare sorpassare i rigori del dritto romano; ve n' era forse un altro più capitale, e che si traeva dalle tendenze conservatrici del dritto consuetudinario. « La ragione, dice « Ferrière (6), per la quale le nostre consue« tudini si sono allontanate dalle leggi roma« ne, vietando ai coniugi ogni specie di van« taggi e donazioni, è fondata sulla cura, ed il « desiderio di conservare i beni nelle famiglie, « il che è servito di fondamento alla più gran « parte delle disposizioni consuetudinarie ecc. « Si è considerato, non potersi lo stato altri« menti mantenere, che per questo mezzo; al« trimenti i coniugi, che non avessero figli, si « donerebbero tutti i loro beni l'uno all'altro, « e farebbero passare delle successioni opu« lente in famiglie estranee (7) ».

Ma non era da oltrepassare la misura del rigore o spingere tropp' oltre il sentimento naturale, che tende a conservare i beni nella famiglie? Ferrière lo riconosceva, e cito con piacere la sua osservazione piena di saggezza: « Questa disposizione della consuetudine, « egli dice, sembra troppo rigorosa d'inter« dire così ai mariti ed alle mogli tutti i mez« zi di esercitare la rimunerazione e la gra« titudine l' uno verso l'altro, e di essere « obbligati di lasciare i loro beni in mancanza « di figli a degli eredi collaterali, i quali so« no ignoti o indegni di ricevere i loro beni « in questa qualità ».

Nullodimeno la giurisprudenza si serbava con severità nello spirito originario delle consuetudini, e si colpiva non solo le donazioni apparenti e propriamente dette, ma anche i contratti a titolo oneroso che non avevano una causa necessaria per timore, che non simulassero dei vantaggi indiretti. La consuetudine di Normandia era formale in questo senso: « Le « persone maritate non possono cedere, donare, « e trasferire l'una all'altra veruna cosa, nè « fare contratti o confessioni, mercè dei quali « i beni dell' uno vengono all' altro in tutto o « in parte (8) ». Le consuetudini del Nivernese(9) e del Borbonese (10) si spiegavano ugualmente. « Ciò, dice Pothier, ha parimenti luogo « nelle consuetudini, che non si sono spiegate; « per lo che Dumoulin sull' art. 256 dell' an« tica consuetudine di Parigi n. 5 pone per « massima, che dei coniugi non possono in « pendenza del loro matrimonio fare verun « contratto tra loro senza necessità: *nullum « contractum etiam reciprocum facere pos« sunt, nisi ex necessitate* (11) ».

2638 Il dritto rivoluzionario, che su di verun subbietto profittò dell' insegnamento del passato, si abbandonò alla sua inesperienza in quanto concerne le donazioni tra marito e moglie, e non adottò i rigori del dritto consuetudinario, nè i temperamenti del dritto romano, lasciando ai coniugi ogni latitudine per vantaggiarsi (12). « La più parte de' nostri statuti « locali, ha detto un autore, che avev' assisti« to all' elaborazione delle leggi di quest' epo« ca (13), facevano all'umanità questa ingiuria « di supporre, che il più astuto o il più forte « de' coniugi era sempre pronto a spogliare « l' altro: non era loro permesso nella più « parte delle nostre consuetudini di gratifi« carsi del più piccolo dono per testamento, « e per una bizzarra contraddizione la legge « che comandava di amarsi a delle persone « legate da nodi indissolubili, interdiceva « loro l'attestato più sicuro e più prezioso del« l'attaccamento, i benefizi. . . La legge del « 17 nevoso è venuta ad affrancare da ogni o-

(1) Nivernese, cap. 23, art. 27; Reims, art. 291; Borbonese, art. 226; Poitou, art. 209.
(2) Coquille, *Instit. del dritto franc.*, cap. *de' dritti de' maritati.*
(3) *Delle donaz. tra marito e moglie*, art. 1, n. 7.
(4) Coquille, quest. 149.
(5) Institus. del dritto franc. *Delle persone maritate*, p. 66, ediz. del 1703.
(6) Art. 282, Cons. di Parigi, gloss. 1, n. 6.
(7) *Aggiungi*, Cassaz., 21 dic. 1818 (Devill., 5, 1. 563). Quest' arresto, sul quale ritorneremo più basso n. 2680 espone benissimo il principio della proibizione consuetudinaria.
(8) Cap. 15, art. 410.
(9) Cap. 23, art. 27.
(10) Cap. 10, art. 226.
(11) *Loc. cit.*, n. 78. Il nostro comentario della *vend.* n. 178.
(12) Legge del 17 nevoso anno II, art. 14 e 61.
(13) Il sig. Vermeil, Cod. delle successioni, citato dal sig. Devilleneuve, 41, 1, 305.

« stacolo questo sentimento e di benevolenza « e di stima reciproca, che fa il contento di « tale stato. Essa ha aperta una carriera di » beneficenza senza limiti, anche durante il » corso del matrimonio ai coniugi, che non » hanno figli » Del resto la legge dell'anno 2 non aveva troncata la quistione delle donazioni tra coniugi nel senso della loro irrevocabilità, se non col suo silenzio e con l'abrogazione delle leggi anteriori. Siccome essa contrariava delle opinioni ricevute e delle abitudini inveterate, sollevò delle molto vive contestazioni (1). Noi non insistiamo su delle controversie, che si allontanano da noi, ed arriviamo al codice Napoleone.

2639. Con l'art. 1096 ha condannato il sistema consuetudinario, di già riprovato da molti suoi interpreti; sempre premuroso di regolarsi sulle inspirazioni del dritto naturale, ha veduto, essere state le donazioni tra coniugi proibite meno dal dritto naturale che dalla suspettosa previdenza del dritto civile(2). Per lo che si è avvicinato al diritto romano, più conforme al dritto naturale, come quello che voleva, che tali atti fossero trattati *non amore nec tanquam inter infestos, sed ut inter coniunctos maximo affectu* (3). Se non che mentre il dritto romano le considerava come inutili nell'origine ma suscettibili di conferma, il codice le tiene per valide nell'origine, ma suscettibili di rivocazione. Epperò dichiara col nostro articolo, che i coniugi non potranno farsi, che delle donazioni essenzialmente rivocabili. In questo modo ha conciliato l'affezione con l'indipendenza, la purezza del matrimonio con la ricompensa delle cure e della tenerezza di un coniuge verso dell'altro. La donazione esprime un sentimento di affezione, che deriva dal matrimonio, ma la rivocabilità permette ad un coniuge di riprendere quello, che le insistenze dell'altro, gli avranno strappato; incoraggia il donatario a perseverare nel suo attaccamento, onde il donante perseveri nella sua liberalità.

2640. Ciò premesso, vediamo qual è il carattere della donazione tra le persone maritate.

La difficoltà deriva da che questa specie di donazione ha dei rimarchevoli punti di conformità con la donazione tra vivi e le liberalità a causa di morte, e che il favore del matrimonio vi ha fatto introdurre delle particolarità, che rompono il rigore dei principî di dritto (4). Per lo che bisogna aspettarsi di trovare qui delle anomalie; e per rispondere immediatamente alla quistione elevata, diremo, che la donazione tra coniugi non è nè una donazione tra vivi propriamente detta, nè una liberalità a causa di morte nella purità dei principî, ma che è un miscuglio delle due. Il capitolo, che commentiamo, ci ha già mostrato delle singolarità analoghe.

Prendiamo per esempio una donazione di beni presenti fatta alla moglie da suo marito; ve ne sono numerosi esempi nella giurisprudenza.

In tal caso la donazione tra persone maritate partecipa della donazione tra vivi, sia a causa del motivo originario sia sotto il rapporto della forma. Sotto il rapporto del motivo principale e primitivo (5); perchè il donante ha voluto spogliarsi ed ha allontanato dal suo pensiero l'eventualità ulteriore di un dispiacevole pentimento. Sotto il rapporto della forma; perchè l'atto non essendo un testamento, non trova il suo posto, che nella categoria delle solennità delle donazioni. Invano si obietterà, non essere possibile di concepire una donazione tra vivi di coniuge a coniuge perchè il dritto di rivocazione vi è sottinteso. Se si pretende non essere codesta donazione tra vivi pura e senza miscela, si ha ragione, e niuno ha detto il contrario. Diciamo solamente, aver essa molti rapporti con la donazione tra vivi, e che bisogna tener conto di questo ultimo elemento. Ed in effetti che cosa dicono i testi?

Dapprima con questi termini dell'art. 1096 » quantunque qualificata tra vivi » il legislatore fa di già intendere, che la rivocabilità non è un ostacolo, onde queste donazioni s'ano qualificate tra vivi. L'art. 1097 è più positivo; esso vieta ai coniugi di farsi delle donazioni tra vivi reciproche con un solo e medesimo atto; dunque possono farsi delle donazioni tra vivi con atti separati. L'articolo 947 fortifica questa verità. Esso eccettua dagli articoli 943, 944, 945 e 946 (a) le donazioni tra vivi fatte tra coniugi in pendenza del matrimonio. Dunque tutti gli altri articoli, che regolano le formalità e le condizioni delle donazioni tra vivi sono applicabili alle donazioni, che i coniugi si fanno con atto tra vivi pendente il matrimonio (6).

Ma le liberalità tra i coniugi differiscono dalle donazioni tra vivi e somigliano alle disposizioni testamentarie in quanto sono rivocabili *ad nutum*, nonostante ogni clausola con-

(1) Cassaz., 1° giugno 1814 (Devill., 4, 1, 574). Cassaz., 29 genn. 1835 (Devill., 35, 1, 267.) Cassaz. cam. civ., 22 marzo 1841 (Devill., 41, 1, 305). Rig. 24 dic. 1845 (Devill., 45, 1, 137). *Contra*, Rouen, 22 luglio 1821 (Devill., 6, 2, 452).

(2) Mantica *de Tacit.*, 21, 1, 5.

(3) Paolo, l. 28, § 2, D *de donat. inter vir. et uxor.*

(4) L. 13, § 1, D. *de donat. int. vir. et uxor.*

(5) Cujacio, *Recit sol.* sul t. del C. *de donat. inter vir. et ux* « *Haec enim fuit* (*ab initio*) *donatio inter vivos* ».

(a) Leggi civili art. 867, 868, 869, 870. *Il trad.*

(6) V. una requisit. di Merlin, Repert., v° *Donat.*, sez. VI.

traria; esse sono come i legati, sottoposte alla volontà ambulatoria dell'uomo. Si che prendono un carattere eccezionale, e sfuggono alla regola « donare e ritenere non vale »; esse sono suscettibili di clausole, che sono interdette nelle donazioni pure, per esempio donazione dei beni futuri, donazione di una successione, riserva di condizioni potestative ecc. ecc. (1).

Da tutto ciò siegue, che la donazione tra persone coniugate non può essere riferita ad un tipo unico, ma prende a prestito dei caratteri diversi da diversi principî. Onde è d'uopo di un prudente eclettismo per non deviarsi sui suoi pratici effetti.

2641. E questo proviamo nel momento, elevando la quistione, se la donazione confermata dal silenzio e dalla morte del coniuge donante ha un effetto retroattivo al giorno, in cui è fatta? Se si fa piegare la donazione tra coniugi verso la donazione tra vivi, essa deve produrre il suo effetto *statim*, e la morte la conferma *ob initio*. Se per lo contrario si fa prevalere in essa il carattere di liberalità a causa di morte, bisogna rispondere, che trasmette la proprietà, solamente a contare dal giorno della morte.

Gl'interpreti del dritto romano sono divisissimi sulla soluzione, quantunque la legge 25 C., *de donat. inter vir. et ux.* decide formalmente, che la morte senza rivocazione produce un effetto retroattivo.

Accursio (2) Bartolo (3) Baldo (4) Covarruvia (5), Gomez (6) Mantica (7) ed altri volevano, che la conferma della donazione non producesse effetto retroattivo, se non in quanto ai frutti, ed anche per impedire, che il donatario non fosse tenuto dei danni ed interessi, da lui recati alla cosa donata. Ma pretendevano, che relativamente al dominio non vi era effetto retroattivo, e che sotto questo rapporto la cosa non passava al donatario, che per la morte del del suo consorte. Alessandro assicura essere questa l'opinione comune.

Al contrario la glossa sulla legge 68 *Sequens quaestio*, D. *De legatis* 2, Imola, Aretino, e particolarmente Fachineu (8) insegnano, che la donazione tra marito e moglie produce un effetto retroattivo anche per lo dominio, ch'è riputato donato al donatario a contare dal giorno della donazione. Questa è anche la dottrina di Cuiacio (9) Voet (10) Pothier (11), che dicono in generale, la conferma far valere la donazione dal giorno della sua confezione, e danno alla retroattività il più esteso effetto (12).

Si è stupito a primo colpo d'occhio, che il testo preciso della legge romana non abbia fatto tacere le controversie. Ma la sorpresa diminuisce, quando si coordina questa legge con certe regole del dritto romano e con altri testi.

E dapprima è certo, che per lo dritto romano la donazione tra coniugi era inutile nel suo principio, e che essa non trasferiva per se stessa il dominio della cosa (13). Si provavano quindi delle difficoltà per consentire, che la conferma producesse retroattivamente un effetto nuovo e non legato di pieno dritto al contratto originario.

Ciò non è tutto, e la legge 25 C., *De donat. inter vir. et uxor.*, intesa nel senso di un effetto retroattivo in quanto alla proprietà, pareva accordarsi difficilmente con la legge 12 C. *ad legem falcidiam*, che sottopone alla falcidia le donazioni tra marito e moglie (14). Ed in effetti come sarebbe stato possibile, che si detraesse la falcidia dalle donazioni tra marito e moglie, se la traslazione del dominio risalisse al giorno della donazione? La falcidia non si prendeva, che su i beni rimasti a causa di morte, come legati, fedecommessi, ma giammai sulle donazioni tra vivi (15).

Ma Cujacio concilia benissimo questi due ordini d'idee, dicendo, che la donazione è stata originariamente tra vivi, ma che avendo bisogno di essere confermata dalla morte del donante, essa può essere risguardata come donazione a causa di morte per soffrire la falcidia.

In quanto alla difficoltà ricavata dall'inutilità originaria della donazione Cujacio vi risponde per lo testo originale ed assoluto della legge 25, che vuole, che la conferma retroagisca pienamente sia per lo dritto, sia per lo fatto. Egli dimostra d'altronde, che, poichè la donazione vale *jure confermationis*, non potrebbe avere degli effetti così limitati, che se valesse *jure legati*.

(1) Art. 947 e 1086. *Supra*, n. 1?27.
(2) Sotto la l. 25. C. *de donat. inter vir. et uxor.*
(3) Sulla l. *si is qui pro emptore*, n. 3. *de usucapionibus*, e sulla legge 2, n. 4, C. *de inoff. donat.*
(4) Sulla l. 25, C. *de donat. inter.*
(5) In rubrica *de testam.*, n. 3, p. 203.
(6) *Variar. resol.*, t. II, cap. 3, n. 23.
(7) *De tacit. et ambiguis*, 21, 7, 24.
(8) *Controv.*, l. 3, cap. 73.
(9) *Recit. solemn.* sul l. del C. de *Donationibus inter virum et uxorem*. verso la fine.
(10) *De donat. inter vir. et uxor.*
(11) Nelle sue Pand., t. II, p. 52, *n.* 77.
(12) *Aggiungi* de Savigny, § 163, t. IV, p. 188, trad. di Guenoux.

(13) *Infra*, n. 2656.
(14) Eccone il testo. *In donationibus inter virum et uxorem factis legem Falcidiam habere locum, quando fideicommissi partibus funguntur, nonnulli juris placitis comprehensum est.*
Queste parole: *quando fideicommissi partibus funguntur*, debbono intendersi in questo senso. « Allorchè « hanno bisogno della morte del donante per essere « confermate » (Voët, *ad leg. Falcid.*, n. 4.) Dapoichè vi erano delle donazioni tra marito a moglie, che erano perfette *statim*, e non erano rivocabili; quella, per esempio, che non impoveriva il coniuge donante.
(15) Cujacio sul tit. del C. *De donat. int. vir. et ux.*

2642. Checchè ne sia di queste discussioni e di queste conciliazioni, egli è certo che nello spirito del codice Napoleone bisogna a maggior ragione decidere, che se una donazione di beni presenti si fa tra coniugi, la morte del donante senza rivoca fa rimontare la tramessione del dominio al giorno del contratto, ed il donatario deve essere considerato qual proprietario *ab initio* prima della morte del donante. Come abbiamo detto, il pensiero primitivo dell'atto è una donazione tra vivi, epperò bisogna per quanto è possibile, assicurarle gli effetti, che conciliano questo pensiero col dritto di rivocazione. Il donante si è spossessato, ed ha trasferito la proprietà nel momento del contratto. Per verità ha subordinato questo trasferimento ad una condizione risolutoria (1), vale a dire ad un dritto di rivocazione, ma questo dritto non vieta il trasferimento attuale del dominio. È questo uno dei tratti caratteristici della donazione tra marito e moglie sotto del codice Napoleone (2). Essa non è inutile *ab initio* salvo ad essere confermata retroattivamente; ma è valida e traslativa *ab initio*, salvo ad essere rivocata ulteriormente.

2643. Ma se il donante fa versare la sua liberalità sui beni futuri, sui beni, che avrà in tempo della sua morte, in questo caso ha manifestato chiaramente la sua volontà di sospendere l'effetto della donazione sino alla sua morte, e di non spogliarsi di nulla in vita. Tal è l'indole delle donazioni dei beni futuri; esse sono piuttosto un dono di successione. Per lo che non saranno loro applicate le idee, che abbiamo sviluppate nei numeri precedenti, le quali sono vere soltanto nel caso di donazioni di beni presenti.

2644. Da tutto quello, che abbiamo detto sulle differenze, che separano la donazione tra le persone coniugate dalle liberalità tra vivi o testamentarie, risulta, che la donazione, della quale si occupa l'art. 1096, è una donazione anomala e mista, che partecipa dell'una e dell'altra, e che bisogna decidere le quistioni, che vi si riferiscono, sia per mezzo di regole particolari, sia per delle analogie ricavate secondo i casi dalle regole delle donazioni tra vivi, o delle liberalità testamentarie (3). Con l'aiuto di questa proposizione esamineremo successivamente quello, che si riferisce alla capacità, alla forma, ed agli effetti di questa donazione.

2645. In quanto alla capacità si può stabilire una regola generale, cioè che quelli, che essendo incapaci per tutto il resto, hanno solo capacità per fare un testamento, non possono fare donazione del genere di quella, che ci occupa. Tali sono i minori. Essi non possono altrimenti disporre, dice l'art. 903 (a), tranne chè per testamento; il che è una considerevole eccezione al loro stato generale d'incapacità. Ora la donazione tra coniugi essendo una cosa diversa da un testamento, questa donazione si trova messa al di fuori della capacità del minore (4). Non si può uscire dall'eccezione tutta speciale fatta in favore del testamento ed estendere questa eccezione ad altri casi non preveduti senza alterare lo stato, che domina la persona del minore; quando si tratta di una donazione non testamentaria, il minore è assimilato al furioso o all'imbecille.

E notate, che non vi è da distinguere, se il coniuge minore ha disposto per atto tra vivi de'suoi beni presenti o di quelli, che lascerà in tempo della sua morte: quantunque in quest'ultimo caso, egli non si spoglia in vita, la donazione non è meno nulla, che se donasse, spossessandosi *statim* (5). Perocchè di qualunque maniera ciò sia, vi è una cosa diversa di un testamento, e per consegnenza incapacità radicale e nativa; o che la donazione sia attuale, o sia differita, la debolezza intellettuale del minore è la stessa, e la seduzione è parimenti facile.

Egli è vero, che a primo colpo d'occhio si può trovare singolare, che un minore, che potrebbe donare per testamento una parte della sua successione, non lo possa con atto tra vivi, i di cui effetti riportati alla morte del disponente, somigliano molto a quelli del testamento. Ma guardandovi più da vicino, la sorpresa disparisce. Nel testamento il minore agisce solo e misteriosamente, per lo che si può più facilmente supporre, non aver egli obbedito, che a se stesso. Ma in una donazione, che si fa a due, bisogna sempre temere e presumere la coazione da parte dell'altro contraente. La sua sola presenza milita contra di lui e lo rende sospetto. Per lo che la legge restituisce di pieno dritto il minore, o in altri termini rigetta come nullo un contratto, ove una volontà straniera è venuta a mischiarsi a quella del minore e viziarla (6).

(1) V. l'importante arresto riferito *infra*, n. 2670.
(2) *Infra*, n. 2656 e *sopra*, n. 635.
(3) V. Delvincourt, t. II, p. 448. ediz. del 1834. Toullier, t. V, n. 918. V. anal Coin Delisle, sull'articolo 893, n. 7. Rolland, de Villargues, Repert., v° *donat. tra coniugi*, n. 53. Zachariae, § 744, t. V, p. 547, ediz. Aubry e Rau. Demolombe, *Rivista critica di giurisp.* 1851, t. I, p. 481. Arresto di cassaz., de' 12 aprile 1843, citato al n. 587, *supra*.
(a, Leggi civili art, 819. *Il trad.*

(4) *Sopra*, n. 587, ove si trova citato un arresto di cassazione de' 12 di aprile 1843. *Aggiungi* Parigi, 10 novem. 1820 (Devill., 6, 2, 324). V. anche *sopra*, n. 2621.
(5) Cassaz., 12 aprile 1843, precitato, a Parigi, 10 novembre 1820, precitato.
(6) *Aggiungi*, Toullier, v° n. 925; Duranton, t. VIII, n. 184. Coin Delisle su 1096, n. 9. Zachariae, t. V, p. 550. *Contra*, Delvincourt, t. II, p. 197. Vazeille su 904, n. 2.

Digitized by Google

2646. Poichè la capacità del disponente si regola per il genere di capacità propria delle donazioni tra vivi, e che la donna maritata non può donare tra vivi, se non col consenso di suo marito, si domanda se la moglie dev'essere autorizzata per donare a suo marito pendente il matrimonio. Questa quistione è pressochè oziosa, dapoichè dal momento, che il marito eccetta la donazione fatta a suo favore, ne siegue, ch'egli approva quello, che sua moglie ha fatto, e che vi dà il suo consenso.

Del resto, come più sopra abbiamo detto, la moglie può donare in pendenza del matrimonio al suo coniuge medico, che la cura nella sua ultima infermità, perciocchè la qualità di marito cancella quella di medico, e fa cessare le diffidenze della legge (1).

2647. Ecco nonpertanto un caso, nel quale invece di prendere il nostro punto di partenza nella donazione tra vivi propriamente detta, va meglio di cercarla nelle regole del testamento. È quello, nel quale la moglie dona al marito una cosa, che fa parte dello sua dote inalienabile. Si sa, che per regola la donna maritata sotto il regime dotale, che può donare per testamento, non può alienare con atti tra vivi il suo immobile dotale; ma l'alienazione, che risulta dalla donazione fatta dalla moglie al marito *constante matrimonio*, non ha veruno de'caratteri, che hanno determinato il legislatore a pronunziare l'inalienabilità del fondo dotale. I coniugi non s'impoveriscono; il loro credito resta lo stesso. Il marito ha pure un interesse più diretto a conservare e curare uno immobile del quale un giorno ha la speranza di essere proprietario. D'altronde la moglie può rivocare la sua donazione, e non mancherà di farlo, se sopravvengono delle cause di separazione; tutto dunque è salvato, nè si concepirebbe il rigore, che trovasse un'alienazione come quella che vuole la legge, in una donazione della natura di quella, che qui ci occupa. Epperò bisogna dire, che bisogna decidersi per l'analogia tratta dal testamento, e non per quella della donazione tra vivi propriamente detta (2).

Questo ha benissimo giudicato un arresto della corte di cassazione del 1 decembre 1824. I coniugi Langlois si erano maritati sotto l'impero della consuetudine di Normandia. Questa consuetudine dichiarava inalienabili gl'immobili dotali della moglie, ma ne permetteva la disposizione per testamento assolutamente come il nostro codice.

Nell'anno 12 la moglie Langlois fece donazione a suo marito di na pezza di terra, che faceva parte dei suoi beni dotali.

La validità della donazione, essendo stata contesa, la corte di Caen si pronunziò per la affermativa. Il ricorso contro di questo arresto fu rigettato dal precitato arresto della corte di cassazione:

« Attesochè la consuetudine di Normandia « nel proibire l'alienazione dei beni da parte « della moglie, non annulla, che gli atti di alienazione effettiva, mercè dei quali la moglie sarebbe sin dal presente ed irrevocabilmente spogliata di tutta o parte della « sua proprietà dotale; ma che la proibizione non si estende alle dispusizioni, che « sono rivocabili di loro natura pendente « tutto il corso del matrimonio, e che divengono diffinitive unicamente per la morte; che così la moglie normanna può come « ogni altra donare per testamento, e che il « legato del suo bene dotale è valido; che la « donazione fatta tra coniugi pendente il matrimonio, quantunque qualificata tra vivi, è « sempre rivocabile ai termini dell'art. 1096 « del codice civile; che questa rivocabilità gli « imprime il carattere e gli effetti della donazione a causa di morte; d'onde la conseguenza, che la donatrice non essendo stata spogliata in vita, non vi è stato trasferimento « reale all'epoca del contratto, e che l'arresto « impugnato, giudicando di non essere quella « un'alienazione nel senso della consuetudine, « ha fatta una giusta applicazione delle sue « disposizioni (3)... ecc. ».

Nullandimeno si è contestata la legittimità di questo arresto (4); ed è presso a poco quello, che avrebbero fatto in Roma coloro, che si fossero opposti all'applicarsi alle donazioni tra coniugi la quarta falcidia (5).

Per rovesciare l'arresto del 1 decembre 1824 gli si oppone l'arresto dei 12 di aprile 1843 citato più sopra (6), che decide il minore essere così incapace di fare una donazione tra coniugi, come una donazione tra vivi propriamente detta. Ma non si fa attenzione, avere il primo in mira uno statuto reale: il secondo uno statuto personale; che le ragioni, le quali fanno mettere il fondo dotale al di fuori dei beni, dei quali la donna maritata ha la disposizione, non hanno nulla di comune con quelle che pongano il minore in uno stato d'incapacità; che l'incapacità del minore provviene dalla poca fermezza del suo giudizio, mentre la inalienabilità del fondo dotale si fonda sopra ragioni di economia domestica e di conservazione. Ora basta, che questi motivi di economia privata siano rispettati, basta, che il fondo dotale non sia tolto alla famiglia, e che per lo contrario vi resti come un'ultima tavola del naufragio,

(1) N. 642.
(2) Il nostro trattato del *Contratto di matrimonio*, n. 3271.
(3) Devill., 7, 1, 514.

(4) *Rivista critica di giurispr.*, 1851, p. 418 e seg., articolo del sig. Demolombe.
(5) *Sopra*, n. 2611.
(6) V. *sopra*, n. 2645.

perchè non si debba comprendere tra gli atti di alienazione vietati un atto, che non aliena l'immobile dotale. Il minore è incapace di dritto; nè vi è eccezione a questa regola, che in materia di testamento. Tutto quello, che non entra precisamente nell'eccezione, resta dunque nella regola generale. Ma la moglie capace di tutti gli atti di alienazione con l'autorizzazione di suo marito, non si trova eccezionalmente legata nell'esercizio del suo dritto, che in quanto riguardo unicamente il fondo dotale. La capacità abituale della moglie deve dunque vincerla ogni volta, che rimane intatto il principio conservatore della dote, perchè si serba la regola generale, quando non vi è luogo all'eccezione. La corte di cassazione ha avuto dunque ragione di assimilare sotto questo rapporto la donazione tra coniugi ad una donazione a causa di morte. Ed in effetti essa non fa all'inalienabilità del fondo dotale maggior male del testamento. D'altronde è il caso di applicare la regola di Paolo: « *Et sane non* « *amore nec tanquam inter infestos jus pro-* « *hibitae donationis tractandum est*; *sed ut* « *inter conjunctos maximo affectu et solam* « *inopiam timentes* (1).

2648. Ci rimane a parlare di un'ultima causa d'incapacità.

Prima della legge dei 31 di maggio 1854 la morte civile scioglieva il matrimonio (2), e per conseguenza non poteva elevarsi la quistione, se la morte civile rendeva incapace di fare o di ricevere una donazione tra coniugi. Oggi le pene perpetue, che importavano la morte civile e rompevano il matrimonio, non hanno più questo effetto, ma rendono tuttavia incapace di donare e ricevere a titolo gratuito (3). Da che siegue, che se un coniuge è colpito di una pena afflittiva perpetua, non donazione tra lui ed il suo coniuge, è, non già rivocabile, ma assolutamente nulla.

2649. Ora bisogna sapere in qual epoca è d'uopo di considerare la capacità del donante e del donatario nella donazione tra marito e moglie. La natura mista di quest'atto fa tutta la difficoltà di questo punto, come in molte delle ipotesi, che ora esaminiamo.

Vediamo dapprima ciocchè concerne il donante. Giusta le regole più sopra esposte (4) il testatore deve essere capace ne'due tempi della confezione del testamento e della sua morte. Per il contrario il donante deve essere capace in tempo della donazione e nel tempo dell'accettazione, ma non in quello della sua morte. Quale delle due capacità deve essere preferita all'altra nella donazione tra coniugi?

Le leggi romane decidono, che basta, che il donante sia capace nel tempo della confezione della donazione vale a dire nel tempo, in cui l'atto è stipulato ed accettato. Esse vogliono, che se il donante cade in istato di morte civile, la donazione tra coniugi sia confermata come dalla morte naturale (5). Da che siegue: 1. che la capacità nell'istante della morte non dev'essere considerata; 2. che vi è su questo punto una grande diversità tra le disposizioni di ultima volontà e la donazione tra persone coniugate. Imperocchè le prime sono caduche per la morte civile del donante; le seconde per il contrario trovano la loro conferma in questa morte civile: *Et quod maxime notandum est in hac re donatio facta inter maritos non est instar donationis mortis causa. Nam donatio mortis causa, ut quaelibet ultima voluntas, irrita fit damnatione donatoris, quae irrogat servitutem. Donatio autem inter maritos tantum abest, ut irrita fiat servitute donatoris, ut maxime confirmetur* (6).

Ma perchè il dritto romano preferisce qui il carattere della donazione al carattere testamentario? Perchè la validità di una donazione, che deve essere confermata dalla morte, e che ha per questo tanta affinità col testamento, si decide pei principi della donazione tra vivi? Egli è perchè i giureconsulti romani, così abili a precisare la diversità delle quistioni ed a piegarsi all'equità, sono stati colpiti dall'estremo rigore, che vi sarebbe a privare di una liberalità acquistata per dei buoni offici un coniuge, di già molto infelice per la condanna, la demenza, l'imbecillità del suo coniuge, sopravvenute dopo della donazione. *Humanum est*, dice Ulpiano nella legge 13. § 1, D., *De donat. inter vir. et uxor.* E questa parola riassume tutto il pensiero su tal riguardo del dritto romano. Al che la legge 24, C., *De donat. inter vir. et uxor.* aggiunge: « *Donatio maritalis ante tempus criminis ac reatus collata in uxorem, quia pudicitiae praemio* « *cessit, observanda sit, tanquam si maritum ejus natura non poena subduxerit* »; Più sopra essa aveva detto; « *Nec alieni criminis infortunio adstringi uxorem.* » Non

(1) L. 28, § 2, D. *De donationi. inter vir. et uxor.*
(2) Art. 25, C. Nap.
(3) *Sopra*, n. 511.
(4) N.i 430 e 440.
(5) L. 13, § 1, D., *de donat. int. vir. et uxor.* L. 24 C. *eod. tit.*
(6) Cujacio sul titolo del Codice *de donat. int. vir. et uxorem.* Rimarcate, che si tratta solo della servitù della pena, quella cioè, che risulta da una condanna. Sarebbe diversamente nel caso, in cui il donante divenisse per una causa qualunque lo schiavo di un particolare; la donazione svanirebbe, L. 31, § 1, D., *de donat. inter vir. et uxor.*

Digitized by Google

si potrebbe dire niente di più morale, di più equo, e meglio espresso.

Questa decisione dev' essere seguita con più forte ragione sotto il codice Napoleone, che non considera la donazione come inutile *ab initio*.

Se dunque, per esempio, dopo della donazione il donante fosse colpito di alienazione mentale, non bisognerebbe crudelmente togliere al donatario il benefizio della liberalità, ma si dovrebbe agire, come se il donante fosse morto nel momento, in cui ha perduto la ragione (1).

2650. Passiamo alla capacità del donatario.

Un primo punto è certo (2), ed è, che la capacità del donatario è necessaria nel tempo dell' accettazione, solennità importante, cui non si può prender parte, se non col dritto di acquistare, con una capacità passiva, poichè questa solennità è quella, che dà vita al contratto. Noi non ignoriamo, che quando la donazione a causa di morte era in vigore, bastava, che il donatario fosse capace in tempo della morte. Ma rimarchiamo, che la donazione a causa di morte in generale non retrongiva, mentrechè per la conferma la donazione tra coniugi, retroagisce, e che non si può fare retroagire una cosa ad un tempo, in cui si era incapace (3). Aggiungiamo, che sotto il codice Napoleone la validità fa più, che retroagire; essa è contemporanea dell'atto, epperò bisogna essere capace, quando questo atto si costituisce.

Ma la capacità del donatario nel momento dell' accettazione della donazione basta? È indifferente, che sia divenuto incapace nel momento della morte del donante? Secondo il dritto romano il donante doveva essere capace nel momento della morte del donante, poichè era un avvenimento, che consolidava la donazione. Tale è la decisione formale di Ulpiano nella legge 32, § 6, D., *De donat. inter vir. et uxor.* Come concepire uo effetto, una conferma possibile della donazione, quando il donatario non è atto a profittarne? Ulpiano è tanto più forte nella sua soluzione, che secondo il dritto romano, solennemente dichiarato nella legge 18 del codice *de donat. inter vir. et uxor.*, emanata dagl' Imperatori Diocleziano e Massimiano, la premorienza del donatario faceva ostacolo alla conferma. Perocchè non vi è possibilità di confermare una donazione, quando il donatario non esiste più (4). Ora la morte e la incapacità del donatario sono qui due cose analoghe. Onde la volontà di consolidare la donazione sia efficace, onde abbia un obietto, al quale si applichi, bisogna, che trovi un donatario vivo e capace.

La decisione di Ulpiano, conservata nei paesi di dritto scritto, si era quindi trasmessa sino in questi ultimi tempi come l' espressione di una incontastabile verità giuridica. Si aveva per costante, che la donazione essendo sospesa sino alla conferma fatta dalla morte, bisognava, che il donatario fosse capace in questo momento decisivo, che salva e purifica la liberalità.

Sotto del codice Napoleone non è più possibile di adottare questa giurisprudenza. La donazione non è inutile *ab initio*; essa è buona e valida; produce degli effetti immediati; prende e trasmette la proprietà *hic et nunc* È vero, che è soggetta ad una condizione risolutoria, ma non è necessario, che il donatario sia capace nel momento, in cui la donazione, già completa, non fa, che roffermarsi pel silenzio ed il fatto negativo del donante. Il donatario non acquista la cosa di nuovo, perchè la aveva di già acquistata (5), ma diviene solamente incommutabile nelle sue mani, e la disposizione rimane diffinitiva (6).

Sarà solo altrimenti, quando la donazione tra coniugi avrà per obietto i beni futuri, quelli, che saranno nella successione del donante. In questo caso il carattere testamentario domina troppo energicamente, perchè si possa non esigere la capacità del donatario nel momento, in cui si fa l' acquisto mercè la morte del disponente. Epperò se lo sposo donatario prima di questo momento è condannato ad una pena afflittiva perpetua, la donazione non si eseguirà; perciocchè quando essa potrebbe eseguirsi, non troverebbe niuno, che sia capace di raccorla. Questo è il caso di applicare la legge romana: « *Proinde et si ipse in servitutem redigatur, cui donatum est, exstincta erit donatio* (7) ».

2651. Occupiamoci ora della forma delle donazioni tra coniugi.

Abbiamo detto, dover essere osservata la forma delle donazioni tra vivi; nulladimeno aggiungiamo doversi far salve certe modificazioni richieste dalla natura della cose.

(1) Grenier, n. 453, t. IV, p. 450, e Baylo Mouillard suo annotatore, *ibid.*; Toullier, n.i 920 e 921. Delvincourt. t. II, p. 449. Zachariae, t. V, p. 550 e 551. *Contra*, Duranton, n. 778.

(2) *Sopra*, n. 441.

(3) Bartolo sulla legge *is qui pro emptore*, 15, D., *De usucap.* Fachineo, *contr.* lib. 3, cap. 73. « *Retroactio non habet locum nisi extremum ad quod sit habile* ».

(4) È l' osservazione di Pothier su questa legge, Pand., *de donat. inter. vir. et uxor.*, n. 78.

(5) *Sopra*, n. 293.

(6) *Sopra*, n. 296.

(7) L. 32, § 6, D. *de donat. inter. vir. et uxor.*

I signori Toullier, t. V, n. 913 e Grenier, numero 454, non distinguono tra le donazioni de' beni presenti e le donazioni do' beni futuri, e dichiarano le une e le altre caduche per la morte civile del donatario. Il sig. Zachariae, t. V, p. 551, fa la distinzione, che abbiamo proposta.

Digitized by Google

Per trattare questo punto con metodo bisogna distinguere il caso, in cui il donante dispone dei suoi beni presenti e quello, in cui dispone dei beni, che lascerà in tempo della sua morte. Nella prima ipotesi la donazione deve essere circondata dalle formalità, che sieguono: ministero del notaio; accettazione espressa (1) stato estimativo (2), se la donazione contiene degli effetti mobiliari.

2652. Ma la donazione di beni immobili tra coniugi, non deve essere trascritta, come più sopra abbiamo detto (3), giacchè ne vengono dispensate dal dritto di rivocazione, cui sono soggette.

È vero, che il dritto romano esigeva, che la donazione tra coniugi fosse insinuata (4), ma tutte le leggi romane sulla insinuazione erano cadute originariamente in Francia in desuetudine, e tale formalità non si praticava per le donazioni tra le persone coniugate come non si praticava neppure per le altre donazioni. Quando venne ristabilita, non pare, che le ordinanze vi abbiano sottoposte le donazioni tra marito e moglie. Epperò Furgole insegnava sull'art. 46 dell'ordinanza del 1731, esser esse esenti dall'insinuazione per la ragione, che essendo perpetuamente rivocabili, non possono valere sotto questo punto di vista come donazioni a causa di morte (5).

È lo stesso oggi della trascrizione, che con delle notevoli differenze ha rimpiazzato l'insinuazione; la rivocabilità della donazione tra coniugi comunica alla stessa uno degli elementi del testamento, e non bisogna dippiù per dispensarla da una formalità, che è stata stabilita unicamente per le vere donazioni. Perchè dare la pubblicità, che accompagna la trascrizione ad una liberalità precaria, ad un atto che non ha nulla di stabile, che di sua natura è rivocabile *ad nutum*, e che non toglie al donante il dritto di vendere, d'ipotecare ecc. ecc.? Si concepisce questa pubblicità nella donazione propriamente detta, che è diffinitiva; non la si comprende in un atto, che il suo autore può continuamente disfare per la sua sola volontà (6).

2653. Non sono le sole donazioni dei beni presenti quelle, che sono sottoposte alle formalità sostanziali delle donazioni tra vivi, ma sono ancora quelle, mediante le quali un coniuge dona all'altro i suoi beni futuri, o tali beni, che egli lascerà nella sua successione.

Siccome lo spirito umano è capace di dubitare di tutto, si son elevate delle controversie a tale riguardo. Si è detto, che in simile caso la liberalità non può essere efficace, che quando si produce sotto la forma testamentaria; che altrimenti si ristabilirebbe almeno nelle liberalità tra coniugi la donazione a causa di morte, esclusa dai nostri codici; che la legge ha tracciato delle forme differenti per le donazioni e pei testamenti; che essa ha messa ogni disposizione nella necessità di adattare ciascuna forma alla natura della liberalità, la forma tra vivi per la donazione dei beni presenti, la forma testamentaria pei beni futuri; che trattandosi qui del dono di una successione, deve essere necessariamente adoprata la forma del testamento.

Questo sistema, quantunque più volte presentato, non ha il menomo fondamento. Non vi è veruna essenziale incompatibilità tra la forma di un atto tra vivi e la donazione dei beni, che comporranno l'eredità del disponente. E per esempio non si dona forse validamente la sua successione col contratto di matrimonio? Se la donazione tra vivi propriamente detta non può abbracciare i beni futuri, è perchè bisogna, che sia irrevocabile. Ma quando per eccezione la legge le permette di piegarsi ad un dritto di rivocazione, allora perde il suo carattere puro e semplice; essa s'impregna di un elemento straniero, e la sua originalità consiste a poter fare con atti tra vivi ciocchè in tesi generale non potrebbe farsi, che per testamento. Il perchè l'art. 947 (a) toglie per le donazioni contenute nel capitolo IX (di cui l'art. 1091 fa parte) la proibizione di donare i suoi beni futuri con atto tra vivi. Da che siegue invincibilmente, essere i coniugi autorizzati a donarsi i loro beni futuri con atto tra vivi (7).

Adunque i coniugi possono conferirsi dei vantaggi sulla successione l'uno dell'altro sia per testamento, sia per atto tra vivi. Ma se adottano la forma degli atti tra vivi, bisogna a pena di nullità, che osservino le prescrizioni della legge per questa specie di atti. Ne risulta, che il donatario deve fare constatare dal notaio la sua accettazione di una maniera espressa; e se la liberalità è fatta dalla moglie, a suo marito, la presenza di quest'ultimo, e l'autorizzazione, che dà a sua moglie, non rimpiazzano l'accettazione espressa, perocchè la legge non

(1) Furgole, t. V, 363; Grenier, n. 458. Duranton, t. IX, n. 774; Zacchariae, t. V, p. 545.
(2) Cassaz., 16 luglio 1817 (Devill., 5, 1, 348). Zacchariae, *ibid. Sopra*, n. 1251.
(3) N. 1170.
(4) L. 25, C. *de donat. inter vir. et uxor.*
(5) Merlin, t V, p. 358, Repert., v° *Donazione reciproca*, p. 46, col. 2, comma 1, *in fine*.
(6) V. Coin-Delisle su 939, n. 19. Duranton, t. VIII, n. 509. Zacchariae, t. V, p. 335, nota 4. *Contra*, Aubry e Rau. t. V, p. 515. e t. V, p. 325, nota 4. Demolombe, *Riviste critiche*, 1851, p. 405.
(a) Leggi civili art. 871. *Il trad.*
(7) Cassaz., 22 luglio 1807, che cassa un arresto della Corte di Rennes del 15, termid. anno XIII, sulla riquisit. di Merlin, (Devill., 2, 1, 414, e Repert., v° *Donations*, sez. 11). Cassaz., rig. 5 dic 1816 (Devill., 5, 1, 257). Rennes 28 luglio 1824 (Devill., 6, 2, 456).

Digitized by Google

ammette verun equivalente di questa formalità solenne (1).

2654 Beninteso del resto, che quando i beni futuri, che uno dei coniugi dona all'altro, sono dei mobili, le parti sono dispensate di fare unire all'atto di donazione uno stato estimativo e discretivo. È impossibile di prevedere quali saranno i mobili, che si troveranno nella successione del donante. L'inventario redatto nel giorno della morte del donante constata il solo profitto, che il donatario realizza ed ha dritto di realizzare, e che deve entrare nel calcolo della porzione disponibile, se vi è luogo. L'abbiamo detto e dimostrato precedentemente (2), e questa decisione viene confermata dalla giurisprudenza (3).

2655. In quanto alla trascrizione è presso a poco inutile di dire, che non essendo necessaria per le donazioni tra coniugi dei beni presenti, è con maggior ragione esclusa nella donazione dei beni futuri, beni, che si determinano con certezza soltanto nella morte del donante (4).

2656. Passiamo ora agli effetti, che produce la donazione tra coniugi. E dapprima parliamo degli effetti della donazione tra coniugi, quando ha per obietto dei beni presenti. Se consultiamo i migliori interpreti del dritto romano, vediamo, che la donazione tra coniugi, anche quando il donante ha impossessato il donatario dei beni presenti, è inutile insino a che non è stata confermata : « *Donatio inter* « *virum et uxorem*, dice Cujacio *et si ab ini-* « *tio fuerit inutilis, convalescit et confirma-* « *tur silentio donatoris, morte donatoris*(5)». Ma quando è stata confermata, essa si trova convalidata *ab initio*, come più sopra abbiamo detto (6), ed il donatario è riputato di essere stato proprietario sia dal giorno del contratto.

La donazione adunque era *ab initio* inutile nel dritto romano, nè era traslativa di dominio (7). Era questo un punto costante, e che si spiega con l'istoria delle vicissitudini della donazione *inter vir. et uxor*. La nullità era stata la condizione primitiva ed il punto di partenza del dritto antico, ed il dritto ulteriore fondato da Antonino Caracalla aveva voluto unicamente addolcire questa nullità e correggere un troppo grande rigore. Epperò la nullità potè in avvenire essere cancellata retroattivamente dalla conferma risultante dalla morte senza rivocazione, ma non esisteva meno sino al momento, in cui questa conferma veniva a purgarne la liberalità.

2657. Non è lo stesso sotto il codice Napoleone. Il nostro articolo ammette la donazione tra coniugi come un atto lecito; se non che lo dichiara rivocabile. Il suo principio non è la nullità originaria, ma per lo contrario la validità, che esso combina con la garentia di un dritto di rivocazione.

Segue da ciò, che nel dritto stabilito dal codice Napoleone la donazione tra marito e moglie trasferisce il dominio, e spoglia attualmente il donante, quantunque *sub conditione* (8). Per conseguenza il donatario fa suoi i frutti. Egli è proprietario relativamente ai terzi, di tal modo che il creditore del donante non ha dritto di pegnorare un fondo, che per effetto della donazione è uscito di rimpetto a tutti dal patrimonio del donante, e fa parte del patrimonio del donatario (9).

2658. Ma ecco un' altra conseguenza della nostra proposizione, ed è, che se vi è luogo a ridurre le liberalità fatte dal donante, perchè eccedono la quota disponibile, quella, di coi il coniuge profitta, non sarà ridotta, che alla sua data, e per conseguenza dopo tutti i legati e le donazioni, che le sono posteriori. La deficienza della condizione risolutoria, risultante dalla morte senza pentimento, ha corroborata la donazione, e da rivocabile, che dapprima era, l' ha resa così stabile *ab initio*, come se fosse stata pura e semplice (10).

Nulladimeno si è conteso un punto di dritto così evidente, e si poteva farlo senza buttarsi in dei bizzarri sforzi di mente, e, falsando ogni cosa, si è detto :

La sposa, che dopo di avere gratificato il suo consorte, fa ad un terzo con altri valori una liberalità che si trova eccedere la quota disponibile, ha avuto la volontà di rivocare la donazione, che fatto aveva al suo coniuge sino alla concorrenza di quanto è necessario per la validità della liberalità susseguente. Bisogna dunque sottoporre la donazione tra coniugi alla riduzione prima di tutte le altre liberalità irrevocabili, anche posteriori, dello stesso donante. Nè coll' assimilarla ad un legato si fa verun torto alla donazione, perocchè essa è rivocabile come il legato (11).

Noi ammettiamo bene, che il coniuge, ch' è

(1) Nimes 20 marzo 1841 (Devill., 41, 2, 418) Amiens, 24, novembre 1843 (Devill., 47, 2, 343).

(2) *Sopra*, n. 1232.

(3) Amiens, 2 maggio 1807 (Devill., 2, 2, 237). (Rennes. 28 luglio 1821, (Devill., 6, 2, 456). Parigi 29 agosto, 1834 (Devill., 34, 2, 643).

(4) *Sopra*, n. 1169. Amiens, 2 maggio 1807, di già citato.

(5) *Recit. sol.* sul Cod. *de donat. int. vir. et uxor.*

(6) N.i 2641, e 2642.

(7) Ulp., l. 3, §. 10, e 11. Pothier, Pand., *de dona. inter vir. et uxor.*, n.i 30, 31. Mantica, *de tacitis et ambig.*, 21, 2, 13.

(8) Cassaz., 12 di aprile 1843 (Devill., 43, 1, 273). V. pure l' arresto riferito *infra*, n. 2670.

(9) Arresto di Cassaz., de' 18 aprile 1838 citato più lontano. Devill., 38, 1, 289 .

(10) *Sopra*, n. 293.

(11) Duranton, t. VIII. n. 357.

Digitized by Google

dispiaciuto di aver esaurita la sua quota disponibile, donando al suo consorte, può volere che questo consorte subisca la riduzione prima del donatario, i cui titoli sono più recenti. Egli lo può; e se la sua volontà apparisce in un modo regolare e certo, dev' essere rispettata. Questo è quello, che avveniva nella specie di un arresto della corte di Montpellier dei 27 di marzo 1835, ove secondo i fatti della causa questa corte riconobbe, che la donazione fatta, ad una moglie da suo marito, doveva essere posposta ad una donazione susseguente, fatta ad una figlia nata dal loro matrimonio nello scopo di dotarla (1). In questo caso la donazione fatta alla sposa, benchè anteriore in data, fu sacrificata alla donazione posteriore, e se ne comprende a meraviglia i motivi, che sono ricavati dall' affezione di padre e di madre, dall' interesse della loro figlia, e dalla stabilità delle sue convenzioni matrimoniali.

Ma quello che dichiariamo falso ed insostenibile, si è, il rattrovarsi simile volontà implicitamente racchiusa in ogni donazione qualunque posteriore alla liberalità fatta tra coniugi.

L' uomo giammai si rende un conto esatto della sua fortuna. Facendo una nuova liberalità dopo quella, che ha fatto a sua moglie, forse ha creduto di non oltrepassare i limiti del suo disponibile; forse ha creduto, che il suo patrimonio, aumentandosi, basterebbe all' esecuzione dei suoi benefizi ed alla riserva dei suoi eredi. Se avesse saputo, che l' una delle due donazioni doveva soccumbere sotto l'azione dei suoi eredi riservatari, è egli certo, che avrebbe sacrificata quella fatta al suo coniuge? Bisogna forse ammettere facilmente, che il coniuge non occupi, come deve, il primo rango nelle affezioni del disponente? Costui non ha potuto voler sottoporre il secondo donatario all' eventualità della riduzione?

Egli è dunque certo, egli è dunque evidente, che in mancanza di circostanze particolari la donazione dei beni presenti tra coniugi è simile ad una donazione tra vivi, e che è riducibile alla sua data (2).

Questo è del resto quello, che è stato giudicato da un arresto della corte di Tolosa dei 21 di maggio 1829.

Il 30 di gennaro 1810 una signora Labessiere, autorizzata da suo marito, fece l'acquisto di più immobili. L' atto portava, che il prezzo di compra ammontante a 6000 franchi, e pagato contante, provveniva dalle economie della signora Labessiere. Il 13 di febbraio 1810 il sig. Labessiere fece donazione tra vivi alla signora Solomiac di una somma di 21,000 franchi pagabili dopo la morte del donante. Nel 1822 il sig. Labessiere morì. La signora Solomiac pretese, che l' atto dei 30 di gennaro 1810 conteneva una liberalità occulta a favore della vedova Labessiere da parte di suo marito, ed in conseguenza dimandò contra questa ultima il rilascio degl'immobili da lei acquistati il 30 di gennaro 1810, o per lo meno, che fosse tenuto ad aver conto verso la successione di suo marito dei 6 mila franchi, prezzo dello acquisto.

Per far accogliere la sua azione la signora Solomiac sostenne, che la donazione dei 21000 franchi, che erale stata fatta, eccedendo la quota disponibile, racchiudeva una tacita rivocazione della liberalità fatta a favore della signora Labessiere.

Codesto sistema, ammesso dai primi giudici, fu rigettato in appello.

La corte; « attesochè ogni donazione occultata sotto l'apparenza di un contratto a titolo « oneroso, è valida nella parte, che non è fraudolente; attesochè risulta dalle circostanze « della causa, che gli acquisti fatti dalla signora Labessiere contengono una donazione « del prezzo di questi immobili da parte del suo « coniuge, e che conseguentemente questa donazione era rivocabile; attesochè non vi è « stata da parte di suo marito manifestazione « della volontà di rivocarla; che la circostanza « della donazione posteriore della somma di « 21, ooo franchi alla signora Solomiac non « manifesta sufficientemente la volontà di rivocare la prima, poichè non è giustificato, « che nell' epoca di questa ultima donazione « il quarto dei beni fosse esaurito da queste « due disposizioni; perchè d' altronde anche « quando questo quarto fosse stato assorbito « da queste due donazioni, ciò avrebbe potuto « derivare da un errore del donante nello estimo della sua fortuna presente e futura; annulla l' appello e la sentenza, di cui è appello, e rigetta la dimanda fatta dalla signora Solomiac (3) ».

2659. Dal principio, per il quale la donazione dei beni presenti fatta da coniuge a coniuge trasmette il dominio, si è tratta la conseguenza, che la premorienza del donatario non la fa cadere in caducità, poichè prima di questo avvenimento ha prodotto degli effetti, che sono un dritto acquisito (4). Tale pertanto non era la giurisprudenza romana. Il dritto romano dichiarava caduca la donazione tra coniugi,

(1) Devill., 36, 2, 198.

(2) Zachariae, § 743, nota 16 e § 685, *bis*, nota 6. Conclusioni del sig. Nicod. (Devill., 37, 1, 135). V. le considerazioni di un arresto della Corte di Cassazione de' 12 di aprile 1843 (Devill., 43, 1, 273).

(3) Devill., 9, 2, 268.

(4) Toullier, t. V, n. 918, Grenier, n. 454. Delvincourt, t. II, p. 449, Vazeille, sull'art. 1096, n. 9, Rolland de Villargues, Rep., v° *Donaz., tra coniugi*, numero 71. Duranton, t. IX, n. 777; Championnière et Rigaud, *de' Dritti di registro*, t. IV, n. 2189.

Digitized by Google

quando il donatario premoriva. Questa regola è scritta per il lungo nella legge 18, § 16, C., *De donat. inter virum et uxorem*; essa era fondamentale (1). La ragione ne era, che poichè la donazione era rivocabile sino alla morte del donante, non si poteva concepire una possibile conferma di questo atto, se mancava il donatario (2). I paesi di dritto scritto avevano adottato senza contestazione l'autorità delle numerose leggi, che nel Digesto e nel codice così decidevano (3).

Però vi è questa differenza tra il dritto romano ed il codice Napoleone, che il primo teneva la donazione per inutile insino a che non era confermata, mentrechè il secondo la tiene per valida, salvo il dritto risolutorio della rivocazione. Ora nel sistema del dritto romano, il momento della morte del donante senza pentimento era quello, che faceva acquistare la cosa, epperò bisognava, che il donatario fosse vivo in questo momento. Per lo contrario presso di noi la cosa è acquistata prima della conferma, e siccome è di regola, che *confirmatio nihil novi juris addit*, non si vede perchè bisognerebbe, che il donatario fosse vivente nel momento della morte, che a dir vero non gli trasmette nulla di nuovo (4).

Del resto questo è quello, che la corte di Cassazione ha deciso in una specie degna di essere rimarcata. La quistione si elevava non tra il donante e gli eredi del donatario, ma tra' creditori del donante e gli eredi del donatario; si comprende subito quello, che questa situazione aveva di grave e di delicato.

Del rimanente ecco i fatti della causa. Con atto de' 10 di luglio 1810 la signora Lecorgne fece donazione a suo marito di molt' immobili ed obietti mobiliari, un di cui stato estimativo e descrittivo fu annesso alla donazione.

Il signore Lecorgne, donatario, è morto nel 1834, lasciando due figli minori e sua moglie sopravvivente, che conservò il possesso di tutt'i beni appartenenti al defunto.

Nel 1838 un creditore della signora Lecorgne fece pegnorare de' beni, ch' ella deteneva, tra' quali trovavansi degli obietti compresi nella donazione del 1810.

I figli Lecorgne dimandarono la separazione di questi obietti, che pretendevano di loro appartenere in virtù di questa donazione, e come esistenti ne' diritti del padre loro. Il creditore sostenne, essere caduca la donazione del 1840 per la premorienza del coniuge donatario.

Il tribunale di Monfort il 30 di giugno 1842 e la corte di Rennes il dì 8 di febbrajo 1843 ammisero la caducità della donazione, e convalidarono il sequestro.

Gli eredi Lecorgne si provvidero in Cassazione.

Il sig. Delangle, allora avvocato generale, conchiuse per il rigetto del ricorso. « La conseguenza del principio della rivocabilità della donazione, egli diceva, non è forse quella, « che in caso di premorienza del donatario la « disposizione dev' essere caduca? Noi lo crediamo, e la nostra opinione è determinata « dall'origine della legge, dal suo testo, dalla « natura della disposizione, di cui si occupa. « L'origine della legge; essa è tutta romana... « Il suo testo... L'art. 1096 è preciso, e la rivocabilità vi è scritta espressamente. Vi è di « più; la legge vuole, che il coniuge donante « non cessi mai di avere la facoltà della rivocazione: « saranno sempre rivocabili »..... e « dalla facoltà di rivocare così dopo la morte « del donatario, che in vita di costui, alla caducità non vi è che un passo ».

« La natura della disposizione:... Allo sposo « personalmente ed allo sposo solo la donazione è fatta. S'egli muore prima del donante, « tutto è finito. Non si può dubitare, che menisnte la donazione il donante ha preferito « il donatario a sè stesso, ma il donatario solo. Inoltre non si è irrevocabilmente spogliato, poichè può ritirargli il benefizio della « donazione. Or come ammettere, che la donazione possa sopravvivere al donatario? »

Contrariamente a queste conclusioni, la Corte:

« Attesochè la donazione de' 10 di luglio « 1810 fatta dalla signora Lecorgne a favore « di Giuliano Lecorgne suo marito, de' beni « immobili presenti e di effetti mobili, de' quali « uno stato estimativo è stato annesso alla minuta della donazione, conformemente all'articolo 948 del codice civile, è tra vivi, e che « così Lecorgne donatario si è trovato immediatamente impossessato della proprietà delle « cose donate ».

« Attesochè una donazione tra vivi regolarmente fatta e debitamente accettata, forma « un contratto, che non può essere annullato « o rivocato, se non ne' casi e per le cause, che « la legge autorizza ».

« Attesochè niun articolo del codice civile « dichiara caduca la donazione tra vivi fatta in « pendenza del matrimonio da uno dei coniugi all' altro nel caso di premorienza del coniuge donatario; che il silenzio del Codice a « tal riguardo si spiega e si giustifica dalla « stessa natura della disposizione, perchè invece di essere realmente tra vivi e di trasmettere attualmente la proprietà, essa avrebbe avuto unicamente il carattere di una donazione a causa di morte;

(1) Pothier, Pand., *de donat inter vir. et ux.*, n.i 78, 82, 83. Mantica, *de tacitis*, ecc. ecc., 21, 9, 2.
(2) Pothier, *loc. cit.*

(3) Despeisses, p. 1, tit. 14, sez. 1, n. 25, 3. Rousseau de la Combe, v° *Donazione*, sez. 4, dist. 1, n. 3.
(4) *Sopra*, n.i 293 e 2650.

« Attesochè d'altronde ne' Cap. 5 e 6 del « Codice civile, nel titolo delle donazioni e dei « testamenti, e specialmente negli art. 1039, « 1088, e 1089 il legislatore si è occupato « della caducità, sia delle disposizioni testa« mentarie, sia delle donazioni, e ch'è quindi « naturale di ammettere, che se avesse voluto, « che la donazione di un coniuge a favore del « suo consorte in pendenza del matrimonio, « divenisse caduca per la premorienza di co« stui, l'avrebbe formalmente dichiarato ».

« Attesochè l' arresto impugnato non ha po« tuto fare risultare questa caducità 1.° dal« l'art. 1092, che dispone, che la donazione « tra coniugi per contratto di matrimonio non « sarà riputata fatta sotto la condizione della « sopravvivenza del coniuge donatario, se « questa condizione non è formalmente espres« sa; 2.° e da che questa medesima disposizione « non è stata riprodotta relativamente alle do« nazioni tra coniugi in costanza di matrimo« nio; dapoichè queste ultime donazioni, co« munque tra vivi sono ai termini dell'ar« ticolo 1096 del Codice civile sempre ri« vocabili dal coniuge donante; che la ri« vocabilità è l'unica condizione, alla quale « siano state sottoposte, e che sino a quando « il donante non giudica a proposito di usa« re del dritto di rivocazione, che gli è pu« ramente personale, e si fonda sopra motivi, « che non possono applicarsi al fatto della « premorienza del coniuge donatario, la do« nazione continua di esistere e resta in tutta « la sua forza; che perciò non era necessario « di riprodurre, onde fosse mantenuta nono« stante la morte del donatario, la presunzio« ne stabilita dall' art. 1092 per le donazioni « fatte per contratto di matrimonio ed irrevo« cabili »;

« Attesochè non è stato presentato alcun at« to, d'onde sia risultato, avere la signora « Lecorgne rivocata la donazione de' 10 di lu« glio 1810; che quindi le signorine Lecor« gne sono, com' eredi del loro padre, pro« prietarie de' beni donati.... »

Cassa (1)..... ecc.

Dopo di avervici ben riflettuto, ci sembra, che questa decisione è al coperto di ogni critica (2). Nonpertanto bisogna ammettere, che questa giurisprudenza sarà di una ben difficile applicazione, ogni volta, che le cose si rimarranno tra il donante e gli eredi del donatario. Dapoichè il donante essendo armato sin alla sua morte del dritto di rivocazione, chi potrebbe impedire di usarne e di fare cessare così la resistenza degli eredi? (3)

Però non è questa una sufficiente ragione per attenuare l'autorità dell'arresto della corte di cassazione. Si trova anzi in questa osservazione una risposta all'obiezione, ricavata dal sig. Delangle dal carattere personale della liberalità. Perocchè il donante è padrone d'impedirne la trasmessione agli eredi, dichiarando che rivoca la donazione.

2660. Abbiamo studiato gli effetti della donazione tra coniugi, che ha per obietto dei beni presenti; avremo da passare in rassegna le medesime quistioni, supponendo una donazione di beni presenti e futuri.

Se un coniuge dona al suo consorte tutti o parte dei beni, che lascerà in morendo, questa donazione avrà degli effetti, pressochè in tutto simili a quelli di una instituzione contrattuale o di una donazione di beni presenti e futuri per contratto di matrimonio.

Il donatario non sarà proprietario dei beni che dal giorno della morte del donante. Egli li prenderà nello stato, in cui si troveranno in quest' epoca; egli subirà l' effetto dei debiti contratti dal donante, anche dopo della donazione, ed anche a titolo chirografario. Però non sarà obbligato a fare dimanda di rilascio per essere autorizzato a porsi in possesso, perciocchè per la natura del suo titolo è impossessato dei beni, che gli sono stati donati (4). La proprietà gli è di pieno dritto trasferita nel giorno della morte pel potere della convenzione, e per conseguenza ha dritto ai frutti dal giorno della morte.

2661. Se per rimanere intatta la riserva degli eredi, è mestieri di ridurre le liberalità del defunto, in qual ordine la donazione dei beni futuri fatta al coniuge sarà riducibile?

Abbiamo veduto, che una instituzione contrattuale, fatta per contratto di matrimonio, subisce la riduzione unicamente alla sua data e dopo tutte le liberalità fatte posteriormente (5). Ma l'instituzione contrattuale è irrevocabile, e la donazione tra marito e moglie non l'è. Dalla quale differenza si conclude non senza ragione (6), che se il coniuge donatario deve essere preferito ai legatari, perchè è impossessato, come abbiamo detto (7), di pieno dritto nel giorno della morte dal suo titolo, e non ha bisogno di dimandare il rilascio, deve subire la riduzione prima di tutti quelli, che sono stati gra-

(1) Arresto de' 18 di giugno 1845 (Devill., 45, 1, 638. *Palazzo*, 45, II, 112), sul rinvio arresto d'Angers de' 27 genn. 1848 (Devill., 48, 2, 108). Limoges, 1.° febb. 1840. (Devill., 40, 2, 241). *Contra*, Aix, 21 marzo 1832 (Devill., 32, 2, 435),

(2) Noi abbiamo nulladimeno espressa una opinione contraria, *Contratto di matrimonio*, n. 3273, ma non sapremmo persistervi.

(3) *Infra*, n. 2674.

(4) *Sopra*, n.i 2428 e 2429. Gli arresti, che vi sono citati sono renduti nella specie di una donazione tra coniugi.

(5) *Sopra*, n. 2658.

(6) Aubry e Rau, traduz. del sig. Zachariae, t. V, p. 552, § 744, nota 17.

(7) N. 2660.

Digitized by Google

tificati con atti tra vivi, anche dopo la donazione tra coniugi. Ed in effetti la donazione dei beni presenti e futuri, la donazione dei beni che si lascerà nel dì della morte, non retroagisce al giorno del contratto; essa non ha effetto e non prende data che dal giorno della morte, e per conseguenza lo sposo donatario non diviene proprietario, che dopo i donatari, che sono stati impossessati in vita del donante. Supponiamo per esempio, che il disponente abbia donato il 1 di gennaro 1850 al suo coniuge i beni, che lascerà alla sua morte, e che più tardi, vale a dire il 2 di febbraio 1851 ed il 30 di marzo 1853 egli doni a Primo l' immobile A, ed a Secondo l'immobile B. Egli muore il 15 di luglio 1854. Come il coniuge potrebbe entrare in lizza con questi donatari? In qual modo egli, che è solamente proprietario dal 15 di luglio 1854, potrebbe essere preferito a Secondo, che è proprietario dal 1853, ed a Primo, che è proprietario dal 1851? Forse il disponente non ha implicitamente manifestato una volontà contraria alla precessione del suo coniuge, col rendere Primo e Secondo proprietari immediatamente, mentre ha rimesso alla sua morte l' avvenimento, che deve investire della proprietà il coniuge donatario?

Egli è vero, che facciamo passare il coniuge prima de' legatari. E la ragione è semplice, cioè ch' essendo investito pel potere del suo titolo, che gli ha trasferita la proprietà di pieno dritto e senza dimanda di rilascio nel momento della morte, pesa più de' legatari, che sono obbligati di dimandare questo stesso rilascio; ma pesa meno de' donatari, che prima della morte sono investiti d' una proprietà acquistata, trasferita, diffinitiva, e che hanno per loro un'alienazione consumata prima della sua.

Che se dopo della donazione fatta all' altro coniuge di porzione della successione, il donante facesse una liberalità per istituzione contrattuale ad uno de' suoi figli o ad un terzo, la quistione sarebbe più delicata. Dappoichè si tratterebbe di due liberalità, aventi entrambi per obietto delle disposizioni, che partecipano del testamento, e che per conseguenza sembrano di dovere caminare di un passo uguale co' legati. Nulladimeno darei la preferenza all' istituzione contrattuale sulla donazione di coniuge a coniuge, sebbene questa fosse anteriore a quella, per la ragione che la istituzione contrattuale è irrevocabile, e che la donazione tra coniugi è sottoposta alla volontà ambulatoria dell' uomo. Sotto di questo rapporto la prima è più vicina alla donazione; la seconda più vicina al legato; per lo che bisogna mettere tra l' una e l' altra la differenza, ch' esiste sotto il rapporto della riduzione tra la donazione ed il legato.

2662. La quistione, se una donazione tra coniugi è caduca per la premorienza del donatario al donante è molto controvertita, quando si tratta di beni presenti, non la è più, quando si tratta di beni, che il donante lascerà nella sua successione. In quest' ultimo caso la caducità è certa. Il dritto del donatario, eventuale sino alla morte del donante, si apre a quest' epoca. Abbiamo veduto *supra* (1), che il donatario dev' essere capace in allora di acquistare. Ora la prima condizione di capacità è, ch' esista. Se muore prima dell' apertura della successione del donante, non ha null' acquistato, e non potrebbe nulla trasmettere a' suoi eredi.

2663. Ora bisogna occuparsi della rivocabilità delle donazioni tra coniugi: questo è il loro tratto caratteristico.

La rivocabilità è dell'essenza delle donazioni tra coniugi. Nè il donante potrebbe abdicare anticipatamente questa facoltà; perocchè il legislatore ha temuto, che un coniuge non fosse segno delle insistenze dell' altro coniuge, ed ha voluto, che si potesse sempre sottrarre all' influenza, che l' avesse un istante dominato. Egli ha voluto dippiù armare il coniuge donante di un mezzo salutare contra i torti e l' ingratitudine dell' altro coniuge.

Da ciò siegue, che il donante non può aderire ad una sentenza, che rigetta una dimanda di restituzione per effetto di rivocazione. L'acquiescenza non impedirebbe di provvedersi in appello per l' esercizio di un dritto, che non si può perdere per la volontà propria (2).

2664. Ciò non è tutto, e per conservare al più debole de' coniugi l'integrità di una facoltà così tutelare, il nostro articolo decida, che la moglie donatrice potrà esercitarla senz'essere autorizzata nè dal marito nè dal giudice. La moglie sola è giudice de' motivi, che ha di perseverare oppur no nella liberalità, che ha fatto, nè dev' essere messa nella necessità di dedurre innanzi al giudice le doglianze, che ha contra di suo marito. La condizione dei coniugi non sarebbe uguale, se la moglie non fosse assolutamente libera.

2665. L' espressione della rivocazione deve attirare la nostra attenzione.

Il dritto romano bastava, che il donante avesse manifestato qualche segno di pentimento, perchè la donazione non restasse confermata (3). Per verità era d'uopo, che le apparenze di questo pentimento fossero evidenti (4), ma si poteva andare ad attingerle in tutte le sorgenti e chiederle ad ogni genere di pruova.

(1) N. 2650.

(2) Arresto della Corte di Cassaz., de' 22 di luglio 1846, cassato un arresto della Corte di Nimes de' 9, febb. 1842 (Devill., 46, 1, 605).

(3) L. 32, § 4, D., *de donat. inter vir. et ux.* l. 15, C. eod. tit. Mantica, *de tacit. et ambiguis*, 21, 101 e seg.

(4) L. 32, § 4, precit.

Oggi non è lo stesso, e noi non potremmo essere così larghi. Il pentimento del donante non ha valore, se non quando si manifesta con dichiarazioni di cambiamento di volontà, che sono tali da rivocare un testamento (1). Noi non dobbiamo essere più difficili per rivocare una donazione, che vale nel suo cominciamento, di quello che erano i romani per impedire la conferma di una donazione inutile per se stessa; « *Facilius*, dice Mantica, *impeditur donatio, quae nulla est, ne confirmari possit, quam si valeat, ut revocetur* (2). »

Diciamo dunque, che quando il donante vuole fare una rivocazione diretta ed espressa della sua liberalità, questa rivocazione non può essere espressa, che nelle forme ammesse dalla legge per le rivocazioni del testamento; vale a dire in un atto in forma di testamento o in atto notariale. Il che bisogna pure indurre dall'articolo 1035 del codice Napoleone (a) combinato con la legge dei 21 di giugno 1843 (3). Egli è vero, che il nostro articolo non ha pronunziato un formale rinvio all'art. 1035, ma non si può credere, che abbia sconnessa maggiore importanza alla rivocazione di una donazione tra coniugi, che alla rivocazione di un testamento. Certamente bisogna accordare ogni facilitazione al coniuge, che vuole riprendere quello, che ha donato sotto la pressione dell'insistenza, ma non ne siegue che sia d'uopo di astenersi da ogni garantia sulla certezza e la sincerità della volontà di rivocare. Per lo che la legge dei 21 di giugno 1843 sulla forma degli atti notariali pone le rivocazioni delle donazioni tra coniugi con le rivocazioni di testamento tra gli atti, pei quali la presenza reale del notaio in secondo o di due testimoni è necessaria. Come credere, che la rivocazione della donazione tra coniugi, per la quale non basta la semplice forma di un atto notariale, possa farsi con un atto sotto firma privata, che non soddisfa alle condizioni di un testamento? (4) Il contrario non sarebbe forse un ritorno alle nozioni del dritto romano, la cui facilità su questo punto si spiega con delle ragioni, che precisamente debbono renderci più difficili sotto il codice Napoleone?

2666. Avviene sovente, che alla fine di un testamento si dichiara di rivocare ogni testamento o codicillo anteriore. Questa frase generale non basta, almeno ordinariamente, per rivocare le donazioni fatte dal testatore al suo coniuge. Perciocchè una donazione tra coniugi fatta per atto tra vivi, anche relativamente ai beni futuri, non potrebbe chiamarsi nè un testamento, nè un codicillo, nè un legato. Furgole decideva così con ragione (5), ed è questo pure quello, che ha giudicato la corte di cassazione nella seguente specie.

Il sig. Chenal sposò nel 1807 la signora Adelaide Trielle. Nel 1814 i due coniugi si fecero donazione reciproca al sopravvivente dell'universalità dei beni del premorto. Nel 1835 la signora Chenal legò per testamento a suo marito l'usufrutto della metà di tutti i suoi beni, la nuda proprietà di questa metà a sua sorella, e dichiarò di rivocare ogni testamento anteriore.

La corte di Parigi ha deciso il 30 di luglio 1836, che questa signora non aveva voluto rivocare la donazione fatta a suo marito, tranneché per la metà, di cui legava la nuda proprietà a sua sorella.

La Corte di cassazione ha rigettato il 17 di luglio 1837 il ricorso contra di questo arresto, atteso chè la Corte di appello aveva emesso un giudizio di atti e di fatti, che le apparteneva sovranamente (6).

Nulladimeno in una materia, nella quale la volontà deve dominare, e nella quale questa volontà non ha una forma sacramentale per farci conoscere, bisogna lasciare a' giudici il dritto di valutare le circostanze, che sarebbero atte a legittimare un'altra interpretazione.

2667. Nè solamente per effetto di una espressa rivocazione può svanire la donazione. Vi sono anche qui, come nella materia de' testamenti, le rivocazioni virtuali e tacite, che risultano da tutti gli atti posteriori del donante, ch'essendo inconciliabili in tutto o in parte con la donazione fatta tra coniugi, rivelano da parte del donante la volontà di annullarne in tutto o in parte questa donazione. Ed è naturale e conseguente con tutto quello, che abbiamo detto sulla forma della rivocazione espressa, di seguire per analogia le regole tracciate dalla legge e dalla giurisprudenza per la rivocazione de' legati (7).

Così niun dubbio, che la donazione fatt'al coniuge sia rivocata da una donazione più recente, che abbia per obietto i beni precedentemente donati al coniuge; ed è mestieri di

(1) Art. 1035 e 1038 (*) *Sopra*, n.i 2045 e seg.
(2) *Loc. cit.*, n. 2.
(a Leggi civili art. 993. *Il trad.*
(3) *Contra*, Coin Delisle, sull' art. 1096, n. 15, ed il sig. Freminville su Grenier, n. 462, nota *a*.
(4) Grenier n. 462. Duranton, t. IX, n. 779. Zachariae, § 744, n. 23.

(5) Sull'art. 18, tit. 1, ord. delle sostituz., vol. 7, p. 86.
(6) Devill., 37, 1, 913.
(7) Art. 1036 a 1038, Cod. Nap., (**). V. *sopra*, numeri 2066 e seg.

(*) Leggi civili art. 990 e 993. *Il trad.*

(**) Leggi civili art. 991 e 993. *Il trad.*

rendere la stessa decisione, se il coniuge donante dispone de' medesimi beni con un testamento posteriore alla donazione.

Così ancora un marito, che ha donato a sua moglie tutt' i beni, che lascerà liberi in tempo della sua morte, rivoca sino alla debita concorrenza codesta donazione, allorchè col testamento lega ad una persona l' usufrutto, ad un' altra persona la proprietà di una somma di 4,000 franchi (1).

Parimenti se un coniuge vende ad un terzo la cosa, che ha donato al suo coniuge, egli rivoca con ciò la donazione. Nè vi è da distinguere, se la vendita è stata pura e semplice, o se la vendita è stata fatta con facoltà di ricompra, e se la ricompra è stata esercitata, dappoichè importa poco, che la cosa sia rientrata nelle mani del donante, comechè la donazione, che aveva egli fatta al suo coniuge, è stata rivocata per qualunque caso. Così estendiamo per analogia alla nostra materia la decisione data dal legislatore per il caso del testamento (2). Vi è anche ragione di prevenire nelle due ipotesi delle indagini intenzionali, sempre difficili, talvolta insolubili.

2668. La costituzione di un'ipoteca fatta dal donante sull' immobile donato al suo consorte non importa una necessaria rivocazione della donazione (3). Ed in effetti questa può tuttavia sussistere anche dopo la costituzione dell' ipoteca; solamente il donatario è minacciato dal pericolo d' una espropriazione. Così del pari a' termini dell' art. 1020 del Codice Napoleone (a) il legatario subisce l' ipoteca stabilita dal testatore sulla cosa legata, anche dopo del testamento (4). Delle due cose avverrà una.

O il debito sarà pagato dal donante, in questo caso la donazione conserverà tutt' i suoi effetti, e sarà stata semplicemente colpita da un' incertezza, ormai svanita.

O il debito non essendo pagato nella scadenza, il creditore si avvalerà della sua ipoteca, e se non viene soddisfatto dallo stesso donatario, l' espropierà. Dopo dell' aggiudicazione per effetto del pegnoramento, l' eccedente del prezzo sull' ammontare de' crediti, pe' quali il donante aveva ipotecato l'immobile donato, ritornerà, non già agli altri creditori del donante, ma allo stesso donatario.

2669. Con più forte ragione la donazione non è rivocata, quando il donante si limita ad ipotecare ad un terzo l' immobile, sul quale la donazione è stata assicurata anteriormente mediante un'ipoteca. Disporre delle garantie della donazione non è rivocare la stessa donazione, che nel pensiero del donante poteva sembrare investita di sufficienti garantie.

Un signore Celerier dona a sua moglie 4000 franchi, e le costituisce una ipoteca su di una casa per sicurezza di questa somma. Più tardi ipoteca la stessa casa a' suoi creditori. Infine minacciato da atti di esecuzione vende questa medesima casa per un prezzo insufficiente a soddisfare tutt' i creditori ipotecari. In queste circostanze era chiaro, che Celerier non aveva manifestato la volontà di rivocare la donazione fatta a sua moglie, e ciò ha deciso la Corte di Limoges con arresto del 1.° di febb. 1840; « attesochè nell' ipotecare a' suoi creditori la « casa, che serviva di pegno e di sicurezza a « Giovanna Lachaud per la donazione, che la « aveva fatto suo marito, questi non ha manifestata la intenzione di rivocare questa donazione sia in tutto sia in parte, perchè nella « sua opinione la sua casa poteva avere un valore sufficiente per soddisfare sua moglie ed « i suoi creditori; ch' egli è vero, che Celerier ha venduto la stessa casa per un prezzo, « che non è abbastanza elevato per adempiere « verso i figli Celerier alle prelazioni della « loro madre, pagare i 4000 franchi, ammontare de la donazione, e soddisfare i debiti; « ma con siffatta vendita, che Celerier è stato « obbligato di contrattare per evitare delle « procedure giudiziarie rigorose, egli non ha « manifestata la volontà nè espressa nè tacita, « di fare produrre effetto alle ipoteche, che « aveva dato a' suoi creditori, in preferenza di « quella, che aveva anteriormente fornita a « sua moglie; che quindi non è stata fatta verruna rivocazione della donazione (5) ».

2670. Non sarebbe neanche un rivocare virtualmente la donazione, contraendo ulteriormente delle obbligazioni e de' debiti a favore de' terzi; e se le obbligazioni del debitore importassero delle condanne giudiziarie, l'ipoteca annessa alla sentenza non si estenderebbe sugli immobili presenti, che fossero stati obietto della donazione al coniuge, perocchè sarebbero alienati primachè il dritto de' creditori fosse sorto. Indarno si obietterebbe, avere i creditori un pegno virtuale su' beni, che il donante può fare rientrare nel suo dominio per effetto d' una rivocazione, dapoichè è facile di rispondere, che sino a che questi beni non sono ripresi, sono alienati. D' altronde vedremo or ora, che il dritto di rivocazione non appartiene a' creditori del donante, e che questo dritto è puramente personale (6).

Del rimanente ecco un arresto della Corte di

(1) Parigi, 17 luglio 1826. (Devill., 8, 2, 261).
(2) Art. 1038, C. Nap. *Sopra*, n.i 2085, 2093.
(3) Giustiniano, *Novella* 162, cap. 1. Furgole sull' art. 18, t. 1, dell' Ordin., delle *Sostit.*, t. VII, p. 87. Prima di Giustiniano vi erano stati de' dubbi. V. la legge 32, D., *De donat. inter vir.*

(a) Leggi civili art. 974. *Il trad.*
(4) V. *sopra*, n. 1942.
(5) Devill., 40, 2, 241.
(6) N. 2672.

cassazione dei 18 di aprile 1838, che tronca queste quistioni nella più netta maniera, e che a causa della sua grande importanza riferiamo per intiero.

Il sig. Dubarret, durante il suo matrimonio, fece molti acquisti d'immobili sotto il nome di sua moglie. Più tardi fu condannato a favore di un signore Paillet a 140,000 franchi di danni ed interessi, e nel 1832 fu pronunziata tra i coniugi una separazione di beni. La signora Dubarret volle farsi attribuire gl' immobili acquistati sotto il suo nome. Paillet, il creditore, resistè a questa pretensione, ed il tribunale della Senna il 25 di luglio 1834 dichiarò, che gl' immobili acquistati da Dubarret sotto il nome di sua moglie facevano parte dell' attivo della comunione, che era esistita tra il signore e la signora Dubarret.

Sull' appello questa sentenza fu annullata dalla corte di Parigi il 21 di maggio 1835, la quale ha considerato, « in quanto concerne la « nullità delle donazioni fatte da Dubarret a « sua moglie ed occultate sotto la forma di ac« quisti, che se le donazioni fatte tra coniugi « durante il matrimonio partecipano delle do« nazioni a causa di morte in quanto sono ri« vocabili sino alla morte del donante, bisogna « riconoscere, che il titolo di donazione, che « dà loro la legge, assicura ad esse l' effetto « delle donazioni tra vivi d' impossessare il do« natario della proprietà degli oggetti donati, « insino a che non sono rivocate per una cau« sa, dalla legge preveduta; che la rivocazione « della donazione dal coniuge donante può es« sere espressa o risultare da fatti, che sup« pongono necessariamente l' intenzione di an« nullare l'atto di liberalità, che egli ha fatto; « ma che la rivocazione non può essere la con« seguenza e l' effetto dei debiti contratti dal « marito ».

Sul ricorso arresto dei 18 di aprile 1838, « che rigetta il ricorso; attesochè risulta dal « cap. 9, tit. 2, lib. 3 del codice civile, che « gli sposi possono farsi in pendenza del ma« trimonio delle donazioni tra vivi; che l' ef« fetto di queste donazioni, quando hanno per « obietto dei beni presenti, è d' impossessare « il coniuge donatario della proprietà delle « cose donate; che se fosse diversamente, que« ste donazioni perderebbero il loro vero ca« rattere per divenire delle semplici donazioni « a causa di morte ed essere assimilate ai te« stamenti; »

« Attesochè il dritto di rivocazione, riserbato « al coniuge donante dall' art. 1096 cod. civ. « rende risolubile la donazione tra vivi, che « ha fatto al suo coniuge, ma non impedisce, « che la proprietà rimanga sulla testa del do« natario sino a che non vi è cambiamento di « volontà del donante, legalmente manifesta« ta...; »

« Attesochè il cambiamento di volontà del « coniuge donante e la rivocazione della dona« zione tra vivi non possono risultare dai de« biti e dalle obbligazioni contratte posterior« mente alla donazione, e nel tempo della quale « le contrazione di debiti il donante non ha « inteso di trasmettere alcun dritto, nè con« ferire alcuna garentia sulle cose da lui pre« cedentemente donate (1) ».

2671. Del resto in tutte le quistioni di rivocazione virtuale, che potranno presentarsi, bisogna rammentarsi, che nel dubbio la stabilità della donazione la vince, e che bisogna essere più inclinato a farla valere, che ad annullarla. Questa è una regola di ogni materia, e Mantica la ricorda con forza sul subietto, che ci occupa (2). Prima di lui il dritto romano l' aveva formalmente stabilita in un testo approvato dalla ragione (3).

2672. Il dritto di rivocare la donazione è esclusivamente personale del donante. Ed in effetti l' esercizio di questo dritto dipende da considerazioni, delle quali è giudice egli solo, da sentimenti, che può valutare egli solo. Questo è un giudizio domestico, che può fare egli solo nella sua sovranità, e che niun altro può emettere invece sua. Epperò questo dritto di rivocazione non potrebbe essere esercitato dai creditori del donante, invocando l' art. 1166 del codice Napoleone; e sarebbe temerità da parte loro di volere ritirare per interesse quello che il coniuge ha debitamente alienato per affezione (4). D' altronde sentiamo la corte di Limoges in un arresto del 1 di febbraro 1840 (5): « attesochè se l' art. 1166 cod. civ. « permette ai creditori di esercitare le azioni « del loro debitore, vi è eccezione relativa« mente a quelle che sono esclusivamente legate « alla persona; la facoltà accordata dall' arti« colo 1096 al donante di rivocare la donazio« ne da lui fatta, è una facoltà personale, che « il legislatore ha voluto lasciargli per usarne « a propria volontà; ch'è evidente, che i motivi « di rivocazione non possono appartenere, che « al coniuge donante; che i creditori sarebbero « nella impossibilità di valutarli, e si decide« rebbero sempre per la rivocazione (6) » ecc.

Quello, che non possono fare i creditori, gli eredi del donante non possono farlo neppure. La morte del donante corrobora la donazione, invece di lasciarla esposta a nuovi pericoli.

(1) Devill., 38, 1, 289. *Palazzo*, 38, 1, 492.
(2) *De tacitis*, 21, 10, 13.
(3) *Sopra*, n. 2665.
(4) *Sopra*, n. 2670.
(5) Devill., 40, 2, 241.
(6) *Aggiungi* Zachariae, § 744, t. V, p. 559, nota 31.

2673. Del resto il donante ha dritto di rivocare la donazione sino agli ultimi momenti. Quando Antonino Caracalla fece lo suo rifórma del dritto antico, intese, che il donante potesse pentirsi nella sua ultima ora mediante una volontà, che chiamò suprema (1).

Quando anche il donatario fosse morto prima del donante (2), il dritto del donante non sarebbe alterato, e potrebbe esercitarsi, come se il donatario fosse tuttavia vivente (3). Se il donante può rivocare la donazione in pregiudizio dell'altro coniuge, se è padrone di usare del suo dritto senza renderne conto, quanto con più forte ragione non è egli libero e sovrano nella sua determinazione relativamente agli eredi meno favoriti e meno degni di considerazioni?

2674. La rivocazione produce degli effetti assoluti a riguardo dei terzi, ai quali lo sposo donatario ha potuto trasmettere i beni. Questo coniuge non avendo, che un dritto risolubile secondo la volontà del donante, non ha coofe rito ai suoi aventi causa, se non un dritto affetto dalla stessa eventualità di risoluzione. È vero, che la rivocazione per ingratitudine non deve nuocere che al coniuge colpevole, e non deve nuocere ai terzi di buona fede. Ma non v'è veruna comparazione da fare tra la rivocazione per causa d'ingratitudine e la rivocazione *ad nutum* della donazione tra coniugi. Il donante può voler soddisfare i suoi creditori, dotare i suoi figli ecc. ecc. E per pervenirvi impone al suo coniuge un sacrifizio comandato dalle più gravi ragioni. Egli stesso può obbedire a dei sentimenti meno passionati, e sentire il bisogno di svincolare la sua libertà. Sotto tutti questi rapporti non si vede nulla di analogo tra questo genere di rivocazione e la rivocazione per ingratitudine. Questa non si presume mai, perchè l'ingratitudine preveduta avrebbe impedita la donazione. Ma il dritto di rivocazione è riputato stipulato di pieno dritto, benchè il donante speri di non farne uso.

Il suo dritto risulta dunque da una condizione imposta primitivamente al contratto; è una causa *primaeva et antiqua*, che dà luogo alla applicazione della massima *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*.

2675. L'effetto della rivocazione era presso i Romani di obbligare il donatario a restituire tutto ciò, di cui si riputava essersi arricchito. Ma la rivocazione non produceva verun effetto su ciò, che non l'aveva reso più ricco. Così una donna aveva donato una somma di denaro a suo marito per acquistare una dignità onorifica; siccome questa dignità non l'arricchiva, la rivocazione non poteva colpire questo dono (4).

Del pari il marito aveva donato a sua moglie una somma di denaro per riedificare la sua casa bruciata dal fuoco; la rivocazione era impotente ed il pentimento inutile, dappoichè la moglie non avendo fatto, che riparare una perdita, e non avendo fatto verun guadagno, non aveva nulla da restituire al donante pentito (5).

Questo è anche quello, che si decideva, quando uno de' coniugi aveva donato all'altro di che acquistarsi un sepolcro. Sebbene il donatario sarebbe divenuto più povero, se questa donazione non gli fosse stata fatta, perocchè sarebbe stato obbligato di prendere la somma dalle sue proprie risorse, non era in potere del donante di rivocare la liberalità, non essendo il donatario divenuto più ricco (6). Infine il marito donante non aveva nulla da ripetere, quando, per esempio, avendo donato 10.000 franchi a sua moglie, questa avesse speso tal somma per la sua lavanda, la sua toletta, o per ornare i suoi schiavi. La moglie non era più ricca, perchè non le rimaneva nulla di quello, che l'era stato donato: « *Non videtur locupletior facta esse mulier, si aut in obsonio, aut in unguentis, aut in ciboriis familiae, donatam sibi pecuniam impenderit* (7).

Tale era dunque su di ciò il sistema del dritto romano, ed era seguito ne' paesi di dritto scritto (8).

Ma non vi è nessuna buona ragione per introdurlo nell'interpretazione del Codice Napoleone. Se il dritto romano aveva veduto le cose sotto di questo punto di vista, era per addolcire un rigore di proibizione, che contrariava l'equità. Il sistema originario, sul quale il dritto romano era edificato, era una nullità radicale ed assoluta, che si era a poco a poco corretta in due maniere; da una parte con la conferma della donazione risultante dalla morte senza espressione di pentimento; da un'altra parte togliendo il carattere di donazione a' doni, che nel fatto non rendevano più ricco il donatario. Ma quest'ultimo punto evidentemente ero il risultamento di una interpretazione più equa che giuridica, perocchè non si potrebbe far dipendere il carattere e gli effetti di una liberalità dall'uso, che fa il donatario della cosa donata. Così il nostro dritto consuetudinario, che aveva serbato con maggiore costanza del dritto romano il divieto di ogni

(1) *Adversus supremam voluntatem ejus qui donavit*, l. 32, § 2. D. *De donat. inter vir. et uxor.*
(2) N. 2659.
(3) V. le conclusioni del sig. Delangle in tempo dell'arresto riferito *sopra*, n. 2659.
(4) L. 40, 41, 42, D., *de donat. inter vir. et uxor.*; l. 21, C. eod.
(5) L. 14, D. *de donat. inter vir.*
(6) L. 5, § 8, D., *de donat. inter vir. et uxor.*
(7) L. 31, § 9, D. *de donat inter vir. et uxor.*
(8) Despeisses, *Delle donaz.*, t. XIV, part. 1, sez. 1, *duodecimo*, t. 1, p. 406.

Digitized by Google

liberalità tra marito e moglie, non faceva veruna distinzione tra le liberalità, che avevano arricchito il donatario, e quelle, che non l'avevano reso più ricco.

« Non si esamina, dice Pothier, ciocchè il « coniuge donatario ha fatto del denaro, che « gli è stato donato, delle cose, che gli so« no state donate, e che non si veggono più, « perchè si presume, che ne abbia profitta« to (1) ».

Nè dobbiamo brigarcene dippiù sotto il Codice Napoleone, che autorizza le donazioni tra marito e moglie, salvo il dritto di rivocazione, e la cui giusta indulgenza non dev' essere esagerata dalle interpretazioni rilassate, che i romani avevano introdotto per emendare un sistema di rigore.

2676. Indipendentemente dal dritto di rivocazione, ch' è abbandonato alla libera volontà del donante, la donazione tra marito e moglie può essere rivocata da' mezzi di dritto, che risultano dall' inadempimento delle condizioni (2) e dall' ingratitudine (3). Ma non è rivocata per sopravvenienza di figli (4).

2677. Ogni donazione diretta o indiretta, che i coniugi possono farsi, è soggetta alle disposizioni del nostro articolo. Così le donazioni manuali, le remissioni dei debiti ecc. ecc (5) sono regolate dall'art. 1096 (6).

Solamente non bisognerà confondere con le donazioni propriamente dette gli obietti, che il marito avrà abbandonato a sua moglie, unicamente a titolo di uso. Si penserà facilmente, averle egli voluto donare i gioielli, gli abiti, gli ornamenti, che ha acquistato per lei, prudente il matrimonio, e che erano necessari per sostenere la sua dignità (7).

In quanto alle liberalità occulte sotto la forma di contratto a titolo oneroso, ne faremo obietto di un esame speciale sotto l'art. 1099. In questo momento parliamo solo dei vantaggi, che si presentano sotto del loro vero aspetto, ma senza le forme solenni delle donazioni.

2678. In questo ordine d' idee incontriamo la seguente quistione, che aveva occupato il dritto antico.

Un marito ripudia una eredità, che gli è devoluta per testamento, per dare luogo a sua moglie chiamata *ab intestato*, o per virtù di una sostituzione volgare. Questa rinunzia *in favorem* deve essere considerata come una donazione, ed il marito potrebbe rivocarla?

I giureconsulti Giuliano ed Ulpiano (8) erano di avviso, non dovere quel lucro cadere sotto il colpo della legge, e se ne comprenda la ragione sotto un sistema, che tutto riporta a questo *criterium*: il donatario è divenuto o no più ricco pel fatto della donazione (9)? Ora se la moglie acquista, si diceva qui, non acquista dal marito, ma direttamente dal defunto e per un fatto proprio. Quello, che entra nel patrimonio della moglie non sorte da quello del marito.

Ma vi è su di ciò una distinzione da fare con Pothier (10), e questa distinzione è più saggia della decisione di Giuliano ed Ulpiano. Quando il marito è legatario e la moglie erede *ab intestato* la ripudiazione, che fa il marito, non deve essere considerata come un lucro vietato, che egli ha fatto a sua moglie. « E la ragione si è, « che il marito non ha avuto tanto in mira di « fare coi suoi beni un vantaggio a sua moglie, « quanto di lasciare il corso naturale de le cose, « e di non privare sua moglie dei beni di una « successione, che la legge le deferisce (11) ».

Ma quando la moglie raccoglie allo stesso titolo del marito e solamente in un grado seguente, in questo caso la ripudiazione del ma« rito « non può ritenersi, che per un vero « vantaggio, che egli ha avuto il disegno di « fare a sua moglie a spese del dritto, che ave« va di raccogliere ».

2679. Il nostro articolo non si applica solamente alle donazioni realizzate, ma bisogna estenderlo per identità di ragioni alle promesse, che uno sposo può fare all' altro a titolo di liberalità, di talchè il silenzio del donante sino alla morte conferma questa promessa. È vero, che nel dritto romano vi era molto dubbio sulla quistione (12), e che i testi davano imbarazzo per conciliarli (13). Un gran numero di buoni ingegni esitavano a vedere una conferma nel silenzio del donante, che sino alla sua morte aveva conservato nelle sue mani lo obietto, che aveva promesso di dare, sebbene Giustiniano si fosse pronunziato a favore del donatario, a non abbia interpretato il ritardo della consegna come un cambiamento di volontà da parte del donante (14).

Sotto l' impero del codice Napoleone la do-

(1) *Delle donazioni*, n. 70.
(2) *Sopra*, n.i 1283 e seg.
(3) *Sopra*, n.i 1304 e seg.
(4) *Sopra*, n.i 1364, 1388.
(5) V. *sopra*, n.i 1040, 1076, 1079, 1080.
(6) L. 3, § 13, l. 5, § 4, D. *de don. int. vir et uxo.*
(7) Mantica, *de tacitis*, 21, 6, 12 e seg.
(8) L. 5, § 13, D *de donat. int. vir et uxor.*
(9) *Sopra*, n. 2675.
(10) *Delle donazioni tra marito e moglie*, n. 88.
(11) Salvo il dritto de' creditori conforme all' articolo 788 del Cod. Nap., nel quale caso i tribunali decidono secondo il favore de' casi, se vi è luogo ad autorizzare questi medesimi creditori ad accettare nel luogo e posto del debitore, che ripudia.
(12) L. 32, § 1; l. 33, pr. e § 2, D. *de donat. inter vir. et ux.* l. 23, D. eod. tit.
(13) Nel senso della conferma la glossa sulla l. 23. D. *de donat. inter vir. et ux.* A. Fabro, *conj.*, 2, 8. Noodt, *Comm., ad Pand*, 24, 1. Voet, *ad Pand.*, 24, 1, n. 5. Forgole sull' art. 46 dell' ord. t. V, p. 360. Savigny, § 164, t. IV, p. 188, della trad. del sig. Guenoux.
(14) Novella 162, cap. 1.

Digitized by Google

nnz'one, che ha renduto il donatario creditore, ha prodotto un effetto, che il silenzio del donante noo basta ad anoullare. Bisngna, che il doonante rivochi, se egli si pente; se no, la donazione sussiste Una obbligazione lega gli sposi tra loro; l'uno è debitore, l'altro creditore Sovente le relazioni dei cooiugi spiegheranno, perchè oon è stata data veruna esecuzione alla promessa fatta in vita, senzachè ne risulti, che il donante si sia pentito. Del resto vi è una differenza tra il dritto romano ed il dritto francese, che rende la nostra soluzione, di già ammesso di Giustiniano, anche più manifesta. La donazione tra cooiugi a Roma nulla nel principio, aveva bisogno di essere confermata. La donazione tra coniugi sotto del codice è valida come tra estranei, senonchè può essere rivocata. E non l'è stata nè espressamente nè tacitamente.

2680. Abbiamo detto più sopra (1), che il cooiuge donante non potrebbe rinunziare anticipatamente all'esercizio del diritto di rivocazione, e nulla sarebbe più contrario ai principi, quanto la volontà delle parti, che contraendo matrimonio, stipulassero nel loro trattato nuziale di potersi fare in pendenza del matrimonio delle donazioni irrevocabili (2)

Per il contrario i coniugi non sarebbero legati dal patto del loro contratto di matrimonio, che interdicesse loro di donarsi in pendenza della loro unione. Sarebbe questo un attentato alla loro libertà, sicchè una tal clausola sarebbe senza valore.

Pothier era di contrario avviso nell' antica giurisprudenza (3). La quale opinione si spiega non coi principi permanenti del dritto civile, ma con la ripugnanza, che allora si aveva per tutto quello, che ledeva la conservazione dei beni nella famiglia (4). La Francia si trovava divisa tra due sistemi: l'uno che confermava con la morte del donante la donazione fatta ad un coniuge, l'altro che dichiarava assolutamente nulle le donazioni tra coniugi. Ora poteva avvenire, che i coniugi appartenendo ad un paese di dritto consuetudinario, ove regnava il secondo sistema, ma prevedendo il caso, in cui potessero trasportare il loro domicilio in paese di dritto scritto e possedervi dei beni, inserissero nel loro contratto di matrimonio sotto l'influenza delle loro idee d'origine e dei consigli della loro famiglia, una clausola, che li legasse per l'avvenire, e loro vietasse di usar mai di una facoltà considerata come pericolosa D'onde la clausola, che in qualunque luogo i coniugi abbiano il loro domicilio, o ove i loro beni siano situati, non potranno farsi l'uno all'altro veruna donazione nè tra vivi, nè anche per testamento (5). Questa era la clausola, che si presentava a Pothier come degna di favore, dapprima a causa degl'interessi di affezione, che avevano indotto i coniugi a conservare i loro beni alla loro famiglia, e dappoi perchè, se è un offendere la legge il permett re quello, che essa vieta, non è un farle ingiuria l'interdirsi ciò, che essa permette.

Ma oggi queste ragioni non hanno veruna valore. Le parti non possono anticipatamente impegnare la loro libertà naturale, nè possono interdirsi degli atti di riconoscenza, quando si promettono dei sentimenti di affezione. L'interesse vago ed indeterminato della famiglia assente, e per il cui riguardo si fa un patto con altri (6), non potrebbe vincere i movimenti del cuore, che rendono l'un coniuge generoso verso l'altro. Aggiungiamo, che il nostro codice è lontano dal porre la conservazione dei beni nelle linee al di sopra della libertà delle convenzioni.

Del rimanente questo ha benissimo deciso un arresto della camera civile della corte di cassazione dei 21 di decembre 1818 (7), che cassa un arresto della corte di Nancy. Questo arresto è motivato con molta forza: esso condanna formalmente questa incapacità volontaria risultante dalla semplice dichiarazione dei coniugi. Per verità esso è renduto sopra fatti retti dalle leggi del 17 nevoso anno II, e del 4 germinale anno VIII; ma se egli è vero, come non se ne potrebbe dubitare, che la teoria di Pothier è stata distrutta nel suo principio ed in tutte le sue conseguenze da queste due leggi, non è permesso di credere, essere stata restaurata dal codice Napoleone. Questo codice non ha affatto adottato quelle regole di altri tempi: *materna maternis*, *paterna paternis*, nè vede nelle donazioni tra coniugi un mezzo di spogliazione inonato ed indelebile; si attiene soprattutto alla libertà delle persone e delle convenzioni.

Articolo 1097 — (1051)

Gli sposi durante il matrimonio non potranno farsi nè per atti tra vivi nè per testamento veruna donazione scambievole e reciproca con un solo o medesimo atto (a).

(1) N. 2663.
(2) Voët, *De pactis dotalibus*, n. 20. Pothier, *Don., tra marito e moglie*, n. 24.
(3) *Donat. tra marito e moglie*, n. 27. V. anche Ferrière sopra Parigi, art. 280, gloss. 1, n. 33.
(4) Cassaz., 21 dic. 1818, (Devill., 5, 1, 563).
(5) Pothier, *loc. cit.*
(6) Voët. *loc. cit.*
(7) Devill., 5, 1, 563. *Aggiungi*, Cassaz., 31 luglio 1809, (Devill., 3, 1, 90). Cassaz., 15 luglio 1812 (Devill., 4, 1, 150). Vedete ancora Merlin, Repert., v° *Rinunzia*, § 1, n 3. Vazeille, su 1096, n. 5.
(a) Uniforme a quest'articolo è l'art. 1051 delle nostre Leggi civili. *Il trad.*

SOMMARIO

COMENTARIO

2681. Il nostro articolo estende alle donazioni tra le persone coniugate una disposizione di già emanata dall'art. 968 pei testamenti(1). Esso non vuole, che delle liberalità essenzialmente rivocabili, come quelle, che i coniugi sono autorizzati a farsi, siano contenute in un solo e medesimo atto. I motivi sono gli stessi per le donazioni tra coniugi come pei testamenti. Un coniuge scrupoloso potrebbe essere trattenuto nel suo desiderio di rivocare i suoi doni dal carattere in qualche modo sinalagmatico delle due liberalità. Ora questa riserba, che potrebbe non avere l'altro coniuge, si volgerebbe a detrimento di colui, che sarebbe più degno di essere protetto. Per lo che vuole la legge, che la separazione degli atti sia un segno esteriore dell'indipendenza dei disponenti.

Era del tutto diverso nei paesi di consuetudine. L'uso de' doni reciproci vi era estremamente frequente, e questo dono scambievole si faceva con un solo e medesimo atto.

Quantunque gli articoli 1096 e 1097 non danno luogo a questa instituzione consuetudinaria, non è senza interesse di gettare un colpo d'occhio rapido sulle regole, ch'erano proprie di questo genere di disposizione.

2682. Il dritto consuetudinario, così ostile alle liberalità tra coniugi, faceva eccezione alla sua severità pel dono reciproco. Era questa la sola maniera, nella quale era permesso a' coniugi di gratificarsi pendente il matrimonio nelle consuetudini di Parigi (2) d'Orleans (3), ed altre in gran numero (4), che formavano il dritto comune della Francia. Gli autori del dritto consuetudinario avevano considerato la reciprocanza e l'eguaglianza come un correttivo sufficiente al timore delle captazioni e degli abusi di autorità. Eglino non avevano voluto vietare un vantaggio uguale e reciproco da una parte e dall'altra, e dipendente da un avvenimento incerto, pensando, che gli eredi collaterali del premorto non avrebbero ragione di dolersi, che il loro parente abbia lasciato al sopravvivente il godimento di un bene, ch'era stato acquistato in comune, ed al quale entrambi avevano contribuito, l'uno col suo lavoro e la sua industria, l'altro con la sua economia.

Secondo Ferriere (5) e Furgole (6) vi era una differenza tra la donazione reciproca ed il dono reciproco. La donazione reciproca era propriamente una liberalità reciproca, che si faceva tra due o più persone a favore del sopravvivente, mentre il dono reciproco era quello, che si faceva tra coniugi pendente il matrimonio, e che veniva retto da prescrizioni affatto particolari. Se parlando del dono reciproco, che si fanno i coniugi in pendenza del matrimonio, il nostro articolo si serve dell'espressione « donazione reciproca », è perchè l'antico dono reciproco ha per così dire perduto tutti i suoi caratteri nella legislazione moderna. D'altronde i nostri antichi autori non si astenevano dall'adoprare l'espressione « donazione reciproca » come presso a poco sinonima di quella di dono reciproco, quantunque meno tecnica (7).

2683. Pothier (8) definisce il dono reciproco un dono tra vivi uguale e reciproco, che due coniugi si fanno reciprocamente l'uno al-

(1) V. *sopra*, n. 1441.
(2) Art. 280.
(3) Art. 281.
(4) Anjou, 315. Nivernese, cap. 33, art. 27. Auxerre, 212; Bar, 163. Borbonese 227, ecc., ecc. Esse sono citate in prosieguo dal Comentario di Ferrieres su Parigi, art. 180, e Coquille le ha riunite nelle sue Instituzioni del dritto francese, (*de dritti de' conjugati*).
(5) Consuet. di Parigi, art. 280, gl. 2, n.i 1 e 2.
(6) Soll' art. 46 dell' ordin., t. V, p. 358.
(7) V. Ferriere, sull'art. 280, *Cons. di Parigi*, *passim*. Argou, lib. 3, cap. 22.
(8) *Delle donazioni tra marito e moglie*, p. 2, capit. 1, art. 1, n. 128.

Digitized by Google

l'altro in mancanza di figli dell'uno e dell'altro, ed in caso di sopravvivenza, dell'usufrutto de' beni della loro comunione, cui pesi indicati dalle consuetudini.

Questa definizione rientra più specialmente nelle disposizioni della consuetudine di Parigi. Secondo altre consuetudini il dono reciproco aveva de' caratteri, che ne lo allontanavano su certi punti secondari. Una grande varietà esisteva a tale riguardo (1).

Benchè ciascuno coniuge avesse la prospettiva di raccogliere un vantaggio in virtù del contratto nel caso, in cui sopravviverebbe, il dono reciproco, non essendo un contratto interessato da una parte e dall'altra, (*dout des*) nè un contratto aleatorio, come i contratti di giuoco (2) rientrava nella classe delle liberalità a causa dell'intenzione delle parti, ch'era stata di fare un bene alla parte sopravvivente dopo la morte dell'una o dell'altra (3). Cadesta opinione ricevè una consacrazione nell'ordinanza del 1731 relativamente alla rivocazione per sopravvenienza di figli (4).

Nondimeno tutte le regole delle donazioni non erano applicabili al dono reciproco, che aveva una natura speciale.

2684. Così il dono reciproco era in principio irrevocabile come una donazione tra vivi. Ma poichè si versava sui beni della comunione, che il disponente lasciava in tempo della sua morte, questo ultimo (almeno il marito) aveva la facoltà di aumentare o diminuire la liberalità, astenendosi dall'acquistare, facendo delle alienazioni, o contraendo dei debiti. Dippiù e per lo stesso motivo i due sposi potevano di accordo rivocare insieme il dono reciproco, che si erano fatto. Non ledevano i dritti di verun terzo, perocchè in loro vita non veniva trasferita verun dritto reale. Avveniva allora, come se questa dono non fosse mai esistito (5).

2685. Un secondo carattere del dono reciproco era, che vi fosse perfetta uguaglianza tra le parti. L'eguaglianza si richiedeva nella estensione delle cose donate, nella salute, e secondo alcune consuetudini (6) anche nell'età dei contraenti.

« La ragione ne è secondo Pothier, che la « consuetudine vietando ai coniugi di farsi verun vantaggio l'uno all'altro, bisogna, che « per mezzo del dono reciproco, che permette « di farsi tra loro il dono, che l'uno fa all'al« tro, possa compensarsi intieramente con « quello, che l'altro gli ha fatto (7).

Altrimenti colui, che avrebbe donato più di quanto riceve, avrebbe fatto un vantaggio all'altro contro il divieto della consuetudine. Colui, che, ammalato, avesse fatto una liberalità al suo coniuge di buona salute sotto condizione di sopravvivenza, non avrebbe ricevuto in un dono reciproco sotto la stessa condizione, che una speranza illusoria di un inverosimile realizzamento. L'ineguaglianza di età dava pure ad uno dei coniugi molta maggiore probabilità dell'altro di profittare della donazione.

Ma sotto le consuetudini di Parigi e di Orleans non si aveva riguardo, contra il parere di Ricard, alla differenza di età tra i due coniugi. Ed in effetti questa differenza non distruggeva l'eguaglianza della speranza, dapoichè non è rara, come dice Merlin, di vedere i giovani morire prima dei vecchi (8).

2686. Onde gli sposi si potessero fare un dono reciproco, bisognava, che fossero in comunione di beni (9), perciocchè il diritto di farsi dei doni scambievoli era fondato sulla considerazione della comunione come una ricompensa della collaborazione dei coniugi per migliorare la società coniugale.

2687 Ecco pel fondo; passiamo alla forma.

L'art. 46 dell'ordinanza del 1731 aveva eccettuato i doni reciproci tra marito e moglie dalle forme e dalle regole prescritte per le donazioni tra vivi. Nulladimeno non erano affrancati da ogni solenni à. Così per evitare le frodi, dovevano essere stipulati per atto autentico innanzi notaro. Di più (ed è quello, che era caratteristico) bisognava, che il dono scambievole fosse fatto dai due coniugi in un solo e medesimo atto. Dapoichè se i coniugi avessero potuto farsi delle liberalità con atti separati, si avrebbe potuto non vedervi in una di l pari chiara maniera quella vicendevole contemplazione richiesta dalle consuetudini, la cui diffidenza non permetteva, che i coniugi potessero vantaggiarsi mercè donazioni (10).

La formalità dell'accettazione espressa non era richiesta; quella dell'insinuazione non l'era neppure, almeno in generale. Essa mancava di utilità, poichè il donante conservava la disposizione de' suoi beni. Nulladimeno questo modo di pubblicità era prescritta dalla consuetudine di Parigi, senza che se ne potesse dare delle buone ragioni (11).

2688. Giungiamo all'effetto del dono reciproco.

L'effetto del dono reciproco era subordina-

(1) Pothier, *loc. cit.*, n. 117 e seg. Coquille, *loc. cit.*
(2) Questo è nonpertanto quello, che pretende Ricard, che si sovente s'inganna, e che del resto scriveva prima dell'ordinanza del 1731. *Del dono reciproco*, cap. 1, n.i 2 e seg. *Sopra*, n. 1392.
(3) Pothier, *ibid.*, n. 129.
(4) Pothier, *ibid*, n. 129.
(5) Pothier, *ibid*, n. 135.
(6) Auxerre, art. 222, Bar, art. 163.
(7) *Ibid.*, n. 130.
(8) Repert., v° *Dono reciproco*, § 2, n. 8.
(9) Coquille, *loc. cit.*
(10) Confrontate Ricard, *ibid.*, n.i 135 e 136. Pothier, *ibid*, n. 169. Merlin, *ibid.*, § 2, n. 1.
(11) Pothier, *loc. cit.*, n.i 170, 175.

to a due condizioni; dapprima alla sopravvivenza del donatario; dipoi alla condizione, almeno nella maggioranza delle consuetudini, che nel momento della premorienza del donante (1) i coniugi non avessero figli. Quest'ultima condizione mancava, sia che avessero dei figli comuni, sia pure, che uno di essi avesse soltanto de' figli da un precedente matrimonio (2).

2689. Quando il dono reciproco si apriva per la morte naturale o civile di uno de'coniugi, il sopravvivente non era impossessato, ma era nella necessità di ottenerne il rilascio. La consuetudine di Parigi lo dichiarava formalmente (3).

2690. Il dono reciproco procurava al sopravvivente l'usufrutto della parte del premoriente nella comunione. Per tal modo la divisione della comunione era differita sino alla morte dell'ultimo de' due coniugi, e quello, ch'era stato messo o acquistato in comune, restava indiviso per tutto quel tempo, che uno de' due membri della società coniugale sussisteva. Tale usufrutto era retto dalle regole ordinarie di cosiffatto dritto. Il donatario era obbligato di fare l'anticipazione de' debiti della comunione per la parte di questa comunione, della quale godeva come donatario, ma non era in verun modo tenuto di pagare i legati ed altre disposizioni testamentarie, perchè questi legati erano considerati come fatti in frode de' suoi dritti (4).

2691. Tal' era questa istituzione, che aveva nella nostra antica pratica una grande importanza, e che per questa ragione non potevamo trascurare di far conoscere.

Il codice ha apportato in questa materia dei notevoli cambiamenti. I due tratti distintivi del dono reciproco, richiesti dal dritto consuetudinario, erano la reciprocanza e l'eguaglianza. Il nostro legislatore non ha asservito lo spirito di benevolenza e di generosità a delle regole sì strette. Esso lascia libero il coniuge di donare al suo consorte senza ricevere altrettanto, ch'egli dona, ed anche senza ricevere verun vantaggio reciproco. Con iscioglie re la donazione da una reciprocanza necessaria, che ne altera la purità, se le rende il suo più nobile carattere.

Ma ecco quello, in cui soprattutto il codice Napoleone si allontana dal dono reciproco, organizzato dalle consuetudini. Mentre il dritto consuetudinario esigeva, che le parti si legassero con un solo e medesimo atto, il dritto moderno per il contrario, onde meglio assicurare l'indipendenza de' coniugi, dà a ciascuno la libertà di pentirsi, di cambiare di volontà, anche all'insaputa del coniuge, e vieta, che un solo e medesimo atto racchiuda due disposizioni, che non sono, o non debbono essere la condizione l'una dell'altra.

Dippiù il dritto consuetudinario non ammetteva il dono scambievole, se non a condizione, che i coniugi non avessero figli. Sotto il codice Napoleone l'esistenza de' figli non è un ostacolo a delle liberalità dettate dall'affezione.

Infine il dritto consuetudinario non permetteva, se non ai coniugi in comunione di beni, di farsi un dono reciproco sulla loro parte nella comunione. Oggi possono gratificarsi, quale si sia il regime, sotto del quale sono maritati.

In una parola i coniugi possono sotto del codice Napoleone farsi delle donazioni scambievoli e reciproche, purchè non sia in un solo e medesimo atto, e queste donazioni non differiscono in nulla dal sostanziale di quelle, delle quali ci siamo occupati nel commentario dell'articolo precedente.

2692. Diciamo che il nostro articolo vieta a' coniugi di vantaggiarsi vicendevolmente e reciprocamente con un solo e medesimo atto. La Corte di Rennes aveva pensato, che sarebbe eludere l'articolo 1097 l'autorizzare due coniugi a farsi donazione lo stesso giorno, e stipulare l'uno in presenza dell'altro in due atti ricevuti dal medesimo notaio ed in presenza degli stessi testimoni (5); che non vi è veruna sensibile differenza tra questa maniera di procedere e l'espressione di una volontà reciproca e scambievole in un solo e medesimo atto. Ma l'arresto della corte di Rennes è stato cassato, e doveva esserlo (6), dapoichè pecca per una evidente esagerazione. Il nostro articolo vieta l'unità del contratto, ma non vieta la contemporaneità degli atti. L'antica giurisprudenza nello stesso spirito del codice annullava i testamenti scambievoli *in eadem carta*. Nulladimeno Salvint riferisce un arresto del parlamento di Bordeaux, che convalidò due testamenti, che un marito ed una moglie avevano fatto innanzi gli stessi notai ed innanzi gli stessi testimoni, disposti nel medesimo ordine, ma con due fogli differenti, e ne'quali s'istituivano vicendevolmente (7).

(1) V. per esempio Parigi, art. 280 e Ferriere, glo. 5, n. 4. *Contra*, Coquille sull' art. 27 del cap. 23 della Cons. Nivernese, secondo l'interpretazione della quale l'esistenza de' figli nel momento del dono gl' impediva di valore.

(2) Pothier, n. 181. Argou, l. 3, cap. 22.

(3) Consuet. di Parigi, art. 284. Pothier, *ibid.*, numero 198. Ferriere sull' art. 184, gloss. 1, n. 2, ecc., ecc. *Contra*, Reims, art. 214.

(4) Cons. di Parigi, art. 286.

(5) Arresto del 15 termidoro an. XIII. (Devill., 2, 1, 414).

(6) Cassaz., 22 luglio 1807 (Devill., 2, 1, 14).

(7) Salvint. Giurisprud., del parlamento di Bordeaux, p. 477. Merlin, Repert., v° *Donaz.* sez. XI.

Digitized by Google

2693. Del resto osserviamo, che una donazione reciproca, che de'coniugi si fossero fatti con un solo e medesimo atto autentico prima della promulgazione del codice Napoleone, conserverebbe la sua validità sotto l'impero del codice, anche quando la morte di un coniuge, cui era subordinata la donazione reciproca, non fosse avvenuta, che dopo questa promulgazione. Sarebbe un dare all'art. 1096 un effetto retroattivo, decidendo diversamente (1).

2694. L'art. 1097 non essendo stato emanato, che per le donazioni, non dev'essere esteso a degli atti, ne'quali domina il carattere di atto di commercio, d'operazione sociale, di affare di comunione, benchè ne risulti un vantaggio reciproco pe' coniugi.

Abbiamo veduto nel nostro Comentario del contratto di matrimonio (2), che il contratto, sol quale un marito con de'valori della comunione acquista una rendita vitalizia stipulata pagabile in totalità a favore del sopravvivente de' coniug., è, in ciocchè concerne i rapporti de'coniugi tra loro, un patto di società, un atto aleatorio, nel quale ciascuno de'coniugi, sperando di sopravvivere, considera il suo proprio interesse. Non è dunque una donazione reciproca infetta di nullità per essere stata constatata da un solo e medesimo atto.

2695. È forse lo stesso nella specie seguente, la cui idea attingiamo nell'art. 281 della consuetudine di Parigi?

Quest'articolo conteneva. « Il padre e la « madre nel maritare i loro figli possono con« venire, che i detti loro figli lasceranno go« dere il sopravvivente de'detti padre e madre « dei mobili ed acquisti del premorto, vita du« rante del sopravvivente, purchè non si ri« maritino; ed un tale accordo non è riputato « vantaggio tra' detti cooiugi (3) ».

Quello, che vi era di particolare in questo caso, si è, che il dono reciproco, qui preveduto dalla consuetudine, si faceva in occasione del matrimonio di un figlio, e che il figlio, in cui pregiudizio non era permessa in generale veruna donazione tra coniugi, neppure reciproca, era obbligato nella specie di lasciare godere il sopravvivente di tutti gli acquisti, perchè era stato maritato e dotato da' suoi genitori (4). Sembrava giusto, che il padre e la madre, che si erano imposti de' sacrifizi per collocare il loro figlio, si assicurassero, pendente la loro vita, il mantenimento della posizione di fortuna, che lo stato di matrimonio aveva loro procurato. Era questo un incoraggiamento a dotare i figli; era po' genitori la ricompensa dell'adempimento di questo pio dovere. Se la consuetudine di Parigi si era allontanata in questo punto dalla regola, che vietava il dono scambievole, era stato per delle considerazioni, che avevano un colore di equità e di previdenza, del quale non si può negare le parti buone.

Per regola i coniugi, che avevano de' figli, dovevano obliare sè stessi per pensare primieramente agl'interessi di questi medesimi figli. Essi non potevano donarsi nulla l'un l'altro, perocchè il loro proprio vantaggio non era lo scopo principale, che dovevano guardare. Ma quando avevano collocato i loro figli, ed avevano provveduto così al loro avvenire, in questo momento, in cui la loro più dolce opera era adempita, era loro permesso di stipulare per sè stessi e di prevenire con una prudente convenzione la divisione della comunione. Sicchè uno di loro viveva, il sopravvivente conservava in virtù di questa convenzione il godimento de'mobili e degli acquisti, e soffriva per quanto poco era possibile ne'suoi interessi per la morte del suo coniuge. Egli non assistiva a quella trista divisione, che non solomente diminuisce le risorse, ma schiaccia ancora le affezioni e le reminiscenze del coniuge, che sopravvive.

Ma è da rimarcarsi, che questa disposizione propria della consuetudine di Parigi non era seguita sotto l' impero delle oltre consuetudini (5). Se un figlio vi era maritato con la clausola, della quale abbiamo parlato, egli aveva la scelta o di eseguire la clausola o di rendere al sopravvivente la metà di quello, che aveva ricevuto (6). Nulla gli vietava di dimandare al sopravvivente in qualità di erede del premorto l' inventario e la divisione dei beni della comunione (7). Non si voleva, che con simili patti i genitori ledessero il dritto comune in materia di dono reciproco, ch'era una proibizione assoluta nel caso di esistenza di figli.

Nei nostri tempi avviene molto spesso, che un padre ed una madre fanno tra' loro figli la divisione anticipata de'loro beni, e si riserbano l'usufrutto de' beni donati a loro favore o a favore del sopravvivente fra loro.

Questa riserva è valida? Evidentemente non se ne può contrastare la validità per le ragioni, che la facevano escludere nelle consuetudini mute, perocchè oggi nulla vieta ai coniugi di farsi delle donazioni reciproche, quando hanno dei figli. Ma non si deve forse dichiararla nulla per quest' altra ragione, cioè che presenta una donazione reciproca, contenuta in un solo e medesimo atto?

(1) Cassaz., 23 giugno 1813. (Devill., 4, 1, 382).
(2) N. 1200. *Contra*, Rennes, 13 febb. 1840. (Devill., 40, 2, 226).
(3) Pothier, *Donaz. tra marito e moglie*, n. 255.
(4) *Ibid.*, n. 266.
(5) Ferriere sopra Parigi, art. 281, n. 24.
(6) Argou, lib. 3, cap. 9, *in fine*.
(7) Pothier, *loc. cit.*, n. 288.

Digitized by Google

Che la clausola in quistione racchiuda una liberalità, è quello, che non si può contrastare. Non si può sconoscere il carattere di donazione in un contratto, che dona a ciascuno dei coniugi in caso di sopravvivenza l'usufrutto della parte dell' altro nella comunione. Come si potrebbe dire, essere un patto di società? Come vedersi in questo un affare di commercio (1), un' operazione sociale, che abbia la menoma analogia col caso esaminato nel n.° 2694? Se si vuole, è un assestamento di famiglia, ma un assestamento, che mena a dei vantaggi reciproci. Epperò il dritto consuetudinario riguardava il patto, del quale ci occupiamo, come una vera liberalità, come un dono reciproco. Se non fosse stata una liberalità, le consuetudini mute non l' avrebbero rigettato, nè sarebbe bisognato l' art. 281 della consuetudine di Parigi per farlo ammettere per lo sforzo di una disposizione eccezionale, motivata da una finzione.

Resta da sapere se, benchè donazione scambievole, la disposizione non potrebbe essere mantenuta, comunque contenuta *in eadem charta:* e ciò per la ragione, che non è direttamente costituita, ed è la condizione ed il peso della liberalità fatta al figlio dotato. Noi saremmo inclinati ad adottare il partito della validità. L'art. 1097 condanna la doppia convenzione, che i coniugi fanno tra loro in un solo e medesimo atto, quando questa convenzione è l' obietto principale e diretto del contratto. Ma non ci sembra, che debba essere assolutamente lo stesso, allorchè la liberalità reciproca non è il fine dominante e diretto dell' atto, e che non si presenta, se non come peso di un contratto stipulato con un terzo.

Articolo 1098 — (1052)

L' uomo o la moglie, che avendo figli di un altro letto, contrarrà un secondo o susseguente matrimonio, non potrà donare al suo nuovo coniuge, che una quota uguale a quella del figlio legittimo, che prende meno, e senzachè in niun caso queste donazioni possano eccedere il quarto dei beni (a).

SOMMARIO

(1) O, come dice la legge 58, D., *de donat. inter vir. et uxorem:* « *Negotium gestum* ».

(a) Questa disposizione è riprodotta nell' art. 1052 delle nostre Leggi civili, senza però la limitazione finale, che in niun caso permette a tali donazioni di eccedere il quarto de' beni. Cosiffatta limitazione non si trovava nè nella legge *Hac edictali*, C. *de secundis nuptiis*, dalla quale è tratta la disposizione di quest' articolo 1098, nè nell' Editto delle seconde nozze, disteso dal Cancelliere de l'Hôpital, o pubblicato da Francesco II. Il Codice Napoleone vi l' aveva aggiunta per la considerazione, che l' esistenza di figli, trattenendo meno il genitore dal donare al proprio coniuge, che dal donare all' estraneo, bisognava lasciargli minore libertà pel primo, che pel secondo.

La nostra nuova legislazione ha creduto di dovere ristabilire pienamente la disposizione del dritto romano. Il quarto de' beni può essere insufficiente al mantenimento del coniuge in seconde nozze, che ordinariamente ha poco da sperare da' suoi figliastri. D' altronde questi non hanno a dolersi, se la moglie del loro padre, o il marito della loro madre abbia no' beni dell' uno o dell' altra una quota uguale a colui, che prende il meno. Da ultimo la tenerezza paterna o materna è una garentia più forte della disposizione della legge, e per onore dell' umanità sono ben rare le eccezioni, nelle quali vien meno. Basta quindi una sola limitazione per deviare gli effetti della seduzione e dell' acciecamento, e far restare il divieto ne' limiti compatibili con un ardine di doveri, che il legislatore deve pure proteggere.

Il traduttore.

2719. Coma si calcola la quota di figlio, ch' è stata donata, quando il donante noo lascia figli?
2720. I cooiugi di on secondo o susseguecote matrimonio non possono ricovere fra tutti loro, se noo uoa parto di figlio.
2721. Il nostro articolo si applica alle donaziooi fatte dopo la celebraziono del matrimonio ed in considerazioee dol matrimonio.
2722. Cbo eosa s' imputa sul disponibilo dotorminato dall' articolo 1098? — Do' vantaggi risultanti dallo ceovenziooi matrimoniali.
2723. Dell' aziooo di riduziono. — A chi appartiano od a chi giova?
2724. Non è necessario di esser erede per osercitarla.
2725. Per il coolrario l' indegno noo potrebb' esercitarla.
2726. Quest' aziono si apre nel dì della morto. — Non vi si può rinunziare anticipatamente. — Ma si può fare degli atti conservatori.
2727. Quello, che viene tolto al coniuge del secondo letto, torna a profitto de' figli indipendentemente dalla loro riserva. — Esempio.
2728. Cootinuazione.
2729. Conciliazione di questa soluzione con quella data ad una qoistiono aoaloga sull' articolo 1094.
2730. Del caso, in cui lo stesso dooaote ba voluto la riduzione.
2731. L' art. 917 è applicabile alla nostra materia.
2732. A menochè non si oppooga la volontà del disponenta.
2733. Natura di quest' aziooe di riduziooe.
2734. Essa passa a tutti gli eredi, o può esser esercitata da' creditori.
2735. Dell' estimo do' booi per fissare la quota disponibile. — Riovio.
2736. Carattere dolla donaziona della quota di figlio.
2737. È caduca per la premorienza del donataria.
2738. I figli non possono essere sostituiti al loro genitoro dooatario.

2696. Abbiamo esposto altrove i sistemi, che nel dritto romano prevalsero successivamente sulle seconde nozze; Augusto le aveva incoraggiate per fondare delle nuove famiglie, e colmare i vuoti della città (1). Il cristianesimo avendoli guardati con un favore meno esagerato (2), gl' imperatori cristiani potettero occuparsi coo una cura più imparziale di conciliare gl' interessi della nuova famiglia, creata dalle seconde nozze, coi sacri interessi della famiglia esistente, di troppo obliati nella politica di Augusto. La loro legislazione dimostra una pietosa sollecitudioe pei figli del primo letto, sollecitudine, che fu soprattutto svegliata dai Padri della Chiesa (3), e che per la prima volta gettò nel dritto quelle idee di protezione, delle quali il cancelliere de l' Hôpital si fece nuovamente il difensore nell' editto del 1560.

Così fu, che Teodosio il grande nel 382 decise, che tutti i vantaggi pervenuti dal suo primo sposo ad una donna, che si rimaritava, sarebbero attribuiti irrevocabilmente e con garantia ipotecaria ai figli del primo matrimonio, e non potessero essere da essa alienati a profitto di chicchessia (4).

Nel 444 Teodosio II e Valentioiaoo III estesero all' uomo vedovo, che si rimaritava, ciocchè oon la costituzione precedente era stato stabilito solamente per la moglie (5).

Ma ciò non era tutto, e bisognava prevedere il caso, in cui un vedovo od una vedova, che avevano dei figli del primo letto, e possedevano dei beoi propri, se ne spogliassero in favore del secondo matrimonio. In conseguenza Leone ed Antemio nel 459 provvidero a tale pericolo, autorizzando soltaoto il dono di una parte di figlio, che prende il meno (6).

2697. Tal era il sistema di garentia formolato dal dritto romaoo pei figli, i di cui genitori si rimaritavano.

Seguito dapprima nei paesi di dritto scritto, è stato naturalizzato nel resto della Francia da un editto del 1560 del Re Francesco II, renduto sotto le inspirazioni de l' Hôpital, e conosciuto sotto il oome di editto delle seconde nozze (7).

La signora Anna d' Alegre, che aveva sette figli del suo primo letto, essendosi rimaritata con messer Giorgio Clermont, che amava con passione, e che la prese unicamente per la di lei fortuna, gli fece una donazione così eccessiva, che diede occasione al cancelliere di persuadere il Re ad emettere questo editto (8); il quale fu trovato così saggio, che molte consue-

(1) *Influenza del cristianesimo*, part. 2, cap. 3 e 4.
(2) *Influenza del cristianesimo*, part. 2, cap. 4.
(3) S. Ambrogio, per esempio (*loc. cit.*, cap. 4).
(4) L. 3, C. *de secund. nupt.*, cha comincia con la parola *Feminae*, l. 8, § 4, e l. 2, Cod. Theod. *de secundis nuptiis*.
(5) L. 5, C., *de secund. nupt.*
(6) L. 6, C. *de secund. nupt.*, le di cui prime parolo sono *Hac edictali*. V. su quosta materia Cujacio, *ad cod.*, tit. *de secundis nuptiis*; Baldo nel medesimo luogo, Fachioeo, *Controv*, lib. 3, cap. 64 e seg. Zaezio, *ad Pand., de ritu nupt.*; Parizio, sul Cod., tit. *de secundis nuptiis*, Voët *de ritu nupt.*; n. 116 e seg. Fabro, C., *de secundis nuptiis*.
Aggiuogi *Influenza del cristian.*, part. 2, cap. 5.
(7) Cujacio sulla legge *Hac edictali*: « *Edictum Leonis imperatoris est nova coercitio secundarum nuptiarum, qua non utebatur Gallia antequam ediditset Franciscus II ex suggestione quaestorie optimi et doctissimi Michaelis Hospitalis, quem honoris causa nomino*, etc. etc. ».
(8) Cujacio, sulla legge *Hac edictali*. Brodeaux su Louet, lett. N, somm. 3, n. 8. Ferrieres sopra Parigi, art. 279, gloss. 2, n. 6. Egli dà il testo dell' editto ed il preambolo, ch' è buono a leggere.

tudini se ne appropriarono la disposizione nell' epoca della loro riforma (1).

Essa aveva due capi; l'uno preso in improntato dalla legge *feminae* e l'altro dalla legge *Hac edictali*; l'uno che colpiva d'indisponibilità e di una specie di sostituzione a favore dei figli del primo letto i beni, che il coniuge, che si rimaritava, aveva ricevuto dalla liberalità del suo primo consorte; l'altro, che limitava le disposizioni permesse ad un coniuge rimaritato a favore del suo consorte (2).

2698. Di questi due capi la nostra legislazione ha conservato un solo, quello, che porta un limite alla facoltà di gratificare il suo nuovo coniuge. L'altra disposizione è scomparsa. Essa aveva l'inconveniente d'immobilizzare dei beni, dei quali non era più permessa l'alienazione, e produceva inoltre una enorme ineguaglianza tra figli, che per essere di differenti letti, non sono meno fratelli.

In quanto alla disposizione, che limita strettamente quello, che un coniuge può donare al consorte del nuovo letto in pregiudizio dei figli, che esistono dalla prima unione, essa è stata conservata nell' art. di cui comineiamo il comentario. Si deve approvare l'equità, che ha determinato i redattori del nostro codice ad adottare delle restrizioni fondate sul favore dei figli del primo letto e sui pericoli della loro posizione in mezzo di una nuova famiglia, che si eleva con degl' interessi opposti. Se è vero, che le seconde nozze hanno tutto di lecito; se è vero come dice Henrys, che esse riparano talvolta i disordini fatti dalla morte nelle famiglie, e servono loro di seconda o ultima tavola dopo il naufragio (3), non è meno certo, essere sovente un subietto di antagonismo tra due famiglie; esporre i figli del primo letto al pericolo di maggior tenerezza per l'unione più recente (4); ed essere indispensabile di mettere delle barriere a delle colpevoli sorprese ed a degli infelici trasporti (5).

Epperò il codice prescrive, che un padre o una madre non possa rendere il nuovo consorte di una condizione migliore di quel figlio, che prende il meno; e siccome vi sono de' casi, nei quali questa quota di figlio, che prende meno, è per esempio della metà o del terzo, il nostro articolo, innovando sulle leggi anteriori, che permettevano di donare al secondo coniuge sino alla metà de' beni, ha deciso, che le liberalità non oltrepasserebbero giammai un quarto de' beni del disponente.

2699 Ricerchiamo ora il senso pratico di queste disposizioni.

Poichè la proibizione contenuta nel nostro articolo è stata pronunziata contra il nuovo coniuge a favore de' figli di un altro letto, ne siegue, che non può aver luogo, se non quando il coniuge, che si rimarita, ha figli di un precedente matrimonio (6). Il contesto del nostro articolo lo dice sufficientemente: « L'uomo o la donna, che avendo de' figli di un altro letto ecc ». Quando non vi sono figli di un altro letto, nulla vieta al coniuge, che si rimarita, di concentrare tutte le sue affezioni sulla sua nuova unione.

La parola « figli » comprende non solo i figli, ma anche i nipoti, di talchè se i figli di chi si rimarita sono morti, e gli rimangono de' nipoti, il dritto di donare del nuovo sposo sarà ristretto ne' limiti dell'articolo 1098 (7). L'editto del 1560 se ne spiegava formalmente, e parlava delle « donne vedove, aventi figli o « figli de' loro figli » (8)

2700. I figli la cui esistenza è presa in considerazione per restringere la capacità del nuovo coniuge, debbono essere nati dal legittimo matrimonio di colui, che si rimarita. E si comprende facilmente, che il favore, che ha dettato l'articolo 1098, non può estendersi al frutto del libertinaggio e della dehoscia.

Ma i figli legittimati hanno il dritto d'invocare il nostro articolo, perocchè contano come figli del matrimonio, che li ha legittimati. Il vizio della loro nascita si trova interamente corretto nell'avvenire dalla legittimazione (9).

2701. Non è lo stesso de' figli adottivi. Sebbene la legge accordi loro sulla successione dell' adottante gli stessi dritti de' figli legittimi (10), nondimeno la loro introduzione in una famiglia non equivale ad un matrimonio. Ora l'esistenza di un precedente matrimonio è una condizione necessaria dell' applicazione dell'articolo 1098 (11). La legge, che ha temuto, che l'adozione non distogliesse del matrimonio, non ha potuto certamente volere, essere sfavorevole a colui, che dopo di aver adottato, cercasse nel matrimonio una famiglia naturale, più profondamente identificata con se stesso.

(1) Parigi, art. 279. Orléans, art. 253 Amiens, articolo 107 e seg.

(2) V. Henrys, t. 2, p. 213, 223, 407. Lebrun, *Delle success.*, lib. 4, cap. 6. Ferrieres, *Consuet. di Parigi*, art. 279. Ricard, *Donaz.*, p. 3, n. 1167 e seg. Pothier, *Contratto di matrimonio*, n. 532 e seg. Merlin, Reper. v° *Seconde nozze*.

(3) Lib. 4, cap. IV, 9, 13.

(4) *Generare liberos vis, non fratres futuros tuorum sed adversarios filiorum. Quid est ergo generare alios, nisi spoliare quos habes liberos, quibus pariter auferuntur et pietatis officia et compendia facultatum?* S. Ambrogio, *de Viduis*. *Aggiungi* Perezio, *ad Cod. de secundis nupt.*, n. 17, che dice. *Liberis prioris matrimonii per secundas nuptias irrogata videtur injuria, et cura contempta*. V. ancora Omero, *Odissea*, 6.

(5) Voët, *de Ritu nupt.*, n. 100.

(6) Perezio, *praelect. in Cod., de secundis nuptiis*, n. 3.

(7) Voët, *de Ritu nupt.*, n. 110.

(8) Pothier, *loc. cit.*, n. 535.

(9) Zucchariae, § 690, nota 6.

(10) Art. 350, C. Nap.

(11) Zachariae, § 690, nota 7.

Digitized by Google

2702. Ma in quale momento bisogna considerare, se il coniuge, che si rimarita, ha figli di un altro letto? Non già nel momento delle sue seconde nozze, ma nel momento della sua morte. Ed in effetti l'articolo 1098 non apre, che un' azione di riduzione contra delle liberalità eccessive, ed è di regola, che un'azione di riduzione non s'intenta, che dopo la morte del disponente. E questa riduzione essendo unicamente stabilita per il favore de' figli del primo letto, ne segue, non poter aver luogo, se la morte li ha tolti prima del loro genitore (1). Quello, che diciamo della morte naturale era del pari vero per la morte civile, quando questa pena esisteva nella nostra legislazione. Colui, ch'era morto civilmente era riputato non più esistere relativamente alla successione de' suoi genitori (2).

In quanto a colui, che oggi, che la morte civile è abolita, è stato condannato ad una pena afflittiva perpetua, bisogna fare attenzione, che a' termini della legge de' 31 di maggio 1854 esso è dichiarato incapace soltanto di ricevere per donazione o per testamento; da che segue, non essere incapace nè di succedere *ab intestato*, nè di esercitare de' dritti di riduzione, che gli conferisce la legge e non la volontà dell'uomo.

2703. La rinunzia, che il figlio del primo letto facesse al suo dritto, o la sua indegnità, non farebbe, che questo figlio non sia esistito con una piena capacità. Il dritto di riduzione si sarebbe aperto, e l'articolo 1098 sarebbe applicabile a favore di chi di dritto. Noi ritorneremo su questa quistione, allorchè dimanderemo a favore di chi è stabilita l'azione di riduzione, risultante da quest' articolo.

2704. Abbiamo parlato sino al presente di un secondo matrimonio e de' figli di un primo letto. Ma è evidente, che la regola sarebbe la stessa, se si trattasse di figli di un secondo matrimonio, che avessero a dolersi di un passaggio a terze nozze. In una parola la legge protegge i figli di un matrimonio contra le triste conseguenze di un' unione susseguente del loro padre o della loro madre (3).

2705. Vediamo ora in che consiste la parte di figlio, che prende il meno.

Vi sono molte ipotesi da guardare.

È possibile, che il coniuge abbia donato al suo nuovo coniuge una parte di figlio senza avere fatto altre liberalità.

È possibile, che gli abbia fatto non il dono d'una parte di figlio, ma un dono esorbitante di un valore certo, senz' avere fatto d'altronde alcun' altra liberalità.

È possibile, che abbia donato al suo coniuge una parte di figlio, e che nello stesso tempo abbia fatto delle donazioni ad altre persone.

Fermiamoci al primo caso: per determinare la quota di figlio, basta di aggiungere il coniuge donatario al numero de' figli del primo e del secondo letto, e fare una ripartizione fra tutti. Così la parte di figlio si trova fissata, ed essendovi tre figli, il coniuge conterà per un quarto, e prenderà il quarto.

Vi sono quattro figli? il coniuge sarà considerato come un quinto figlio, ed il suo dono sarà del quinto de' beni, e così di seguito (4).

Che se vi sono due soli figli, la donazione fatta al secondo coniuge dovrebb'essere del terzo, seguendo lo stesso metodo di calcolo. Ma non obliamo, che a' termini del nostro articolo la donazione fatta al coniuge del secondo matrimonio non deve eccedere mai un quarto della successione; e però il terzo sarà ridotto al quarto.

2706. Il nostro secondo caso ha luogo, quando invece di donare una quota di figlio, il disponente ha fatto al suo secondo coniuge un dono di un valore certo suscettibile di riduzione.

Bisogna considerare dapprima il coniuge donatario come un estraneo, separare nella successione la parte riserbata dalla parte disponibile, distribuire la porzione riserbata tra' figli, prendere il dono delle seconde nozze sulla porzione disponibile, poi infine detrarre da questo dono ciò, che vi è di esorbitante, ciocch'eccede la parte di ciascun figlio. Sin qui niuna difficoltà.

Ma che si farà di quest'eccedente tolto al coniuge donatario? Si ripartirà tra' figli ed il coniuge donatario, ovvero tra figli ad esclusione del coniuge donatario?

La glossa sulla legge *Hac edictali* (5) pare decidere, che il secondo coniuge deve prendere nella porzione ridotta la stessa quota di quella, che vi prenderà uno de' figli. Questo è anche il parere di Renusson (6).

La ragione di questi autori è, che il secondo coniuge ha già in ciocchè gli resta tanto, quanto ciascuno de' figli. Se i figli si dividono tra loro la porzione detratta dalla donazione senza farvi partecipare il donatario, avranno più di quest'ultimo. Ora la legge prescrive l'uguaglianza, e l'eguaglianza è distrutta a vantaggio dei figli (7).

Nonostante queste ragioni Ricard e Pothier

(1) Voët, *de Ritu nuptiarum*, n. 128. Pothier, *ibid.*, n. 560.
(2) Toullier, t. 5, n. 878.
(3) Ricard, n. 1288.
(4) Merlin, Repert., v° *Nozze (seconde)*, p. 576, col. 2, n. 4. Toullier, t. V, n. 884.
(5) Sulle parole; *Inter eas dividi.*
(6) *Trattato della comunione*, p. 4, c. 3, n. 67. V. Bergier su Ricard.
(7) Delvincourt, t. 2, p. 413, ediz. del 1834. Vazeille su 1098, n. 17. Zachariae, § 690, nota 33, t. 5, pagina 226 e 227. Ancelot su Grenier, t. 4, n. 708, nota A.

Digitized by Google

si sono pronunziati in senso contrario (1). Essi si fondano su' termini della legge *Hac edictoli*, §. 6, e della novella 22, cap. 27, ov' è detto: *quod plus est in eo quod relictum aut datum est aut novercae aut vitrico... competit filiis; et inter eos solos ex aequo dividitur.* Ora i testi di queste leggi di bbono servire d'interpetrazione ed all'editto, che n'è stato tratto, ed al codice Napoleone, che ha voluto seguirlo. Dippiù è egli ragionevole, che la riduzione e sercitata contra il donatario gli giovi? L'articolo 921 del codice Napoleone (a) non decide forse espressamente, che il donatario non può profittare della donazione (2) (b)?

Mostriamo con una specie l'applicazione di queste idee.

Tizio, rimaritato in seconde nozze, ha lasciato quattro figli di un primo matrimonio; istituisce sua moglie sua erede universale per contratto, e muore avendo 80.000 franchi di beni.

Il quarto disponibile è 20,000 franchi, la riserva di 60,000. Questa riserva divisa fra'quattro figli, dà 15,000 franchi per ciascuno. Epperò la parte di figlio, che prende il meno, sarà di 15.000, e la instituzione universale della moglie, che se fosse stata fatta ad un estraneo, avrebbe potuto comprendere 20,000 franchi disponibili, sarà ridotta a 15 mila fr. Li rimanenti 5000 franchi saranno divisi fra i figli, ed aumenteranno la parte di ciascuno di 1250 franchi. In risultamento i figli avranno

per parte nella riserva. . . . 15,000 fr.
per parte nella riduzione . . . 1,250 fr.

Nel totale. . . . . 16,250 fr.

La moglie dovrà contentarsi di 15,000 franchi solamente.

Il sistema contrario, facendo una uguale ripartizione de' 5000 franchi ridotti tra'figli ed il donatario, avrebbe dato per ciascuno di loro una somma di 16,000 franchi.

2707. Facciamo osservare, che quest'ultimo risultato sarebbe stato regolarissimamente ottenuto, se il donante invece di abbandonarsi agli eccessi di una disordinata affezione, avesse semplicemente donato a sua moglie una quota di figlio.

Da ciò si trae un' obiezione contra la nostra opinione. Come spiegare, che il coniuge donatario abbia un benefizio differente, secondochè il disponente gli avrà donato una parte di figlio, o gli avrà fatto il dono di tutta la sua successione? Non è egli bizzarro, che il donatario abbia meno precisamente nel caso, in cui il donante ha espressa la volontà di dargli dippiù. La quota disponibile, della quale il coniuge ha dritto di profittare, non dev'essere la stessa, sia che il donatario abbia ricevuto espressamente questa quota, sia che, avendo ricevuto dippiù, sia ridotto a questa quota?

La risposta a questa obiezione è facile. Dapprima nel caso, in cui il donante si è tenuto ne' termini della legge, non vi è luogo a riduzione, mentre quando se n'è allontanato con un eccesso, bisogna fare una riduzione; il che suscita contra di lui la disposizione dell'art. 921 del codice Napoleone, testè citato.

Dippiù quando lo sposo ha contravvenuto alla legge, donando più di una parte di figlio, il suo coniuge, che dev'essere considerato come compl ce di questa contravvenzione, ne dev'essere punito; e questa pena è la riduzione dell'eccedente per farne volgere il profitto esclusivo a favore de' figli (3) (c). Per lo contrario quando un coniuge dona all'altro una parte di figlio, egli si conforma alla legge. Il donatario, che non ha voluto avere più di quello, che la legge permette, è da favorirsi; e per seguire alla volta e la prescrizione della legge e la intenzione del donante, bisogna trattarlo assolutamente come il figlio, che prende il meno.

È dunque ragionevole, che in due casi così differenti, i risultamenti non si somiglino, e

(1) Ricard, *Donat.*, p. 3, n. 1319. Pothier, *Contrat. di matrimonio*, n. 594.

(a) Leggi civili art. 838. *Il trad.*

(2) V. Ricard, n. 1320.

(b) Ma non si potrebbe dire, che non vi è riduzione sino a quando la quota del donatario è uguale a quella del figlio, e che la ripartizione dell' eccedente fra tutti, compreso il coniuge donatario, non vien dopo della riduzione, ma la determina? In questo senso il donatario non profitta della riduzione, ma non la subisce oltre i limiti della legge. Se per effetto della prima operazione il coniuge avesse toccato il più alto punto, che la legge gli permette, sarebbe chiaro, non poter prendere nulla dippiù, perchè ogni dippiù eccederebbe la quota permessa. Ma se dopo di quella prima operazione, rimane tuttavia qualche cosa per completare detta quota, la quale non può determinarsi assolutamente, ma per relazione ad un' altra, pare chiaro, che la seconda ripartizione completa la parte, ancora incompleta, del donatario.

E per quanto concerne la disposizione del dritto romano, pare esser quella una sanzione penale, che non essendo stata riprodotta nella nostra legislazione, non può supplirsi. *Il traduttore.*

(3) Ricard, n. 1320.

(c) Ma è egli permesso di supplire una sanzione penale, che non è scritta nella legge, per applicarla ad una colpa, che si ricava per congetture? La legislazione romana aveva pronunziata siffatta pena, e la nuova legislazione non l' ha riprodotta. Come può essere permesso di essere più severo del legislatore? Come supporre una colpa ove il legislatore non l' ha supposta? Se nell' adottare le disposizione del dritto romano, la nuova legislazione ha voluto temperarne il rigore, chi può elevarsi al di sopra di essa per ripristinare la sanzione penale, che non si è voluta adottare? Ed aggiungete, che il legislatore francese ha soggiunto alla disposizione una limitazione, che mancava nel dritto romano, la quale limitazione ha potuto ben compensare la sopradetta sanzione penale, che ove si supplisse, si renderebbe il dritto nuovo più rigoroso dell' antico.

Il traduttore.

che il donatario non raccolga gli stessi vantaggi (1).

2708. Passiamo al terzo caso, quello, in cui la donazione fatta al coniuge del nuovo matrimonio non è sola, ed in cui lo stesso coniuge ha fatto altre liberalità. Questo caso si suddivide; dapoichè le liberalità hanno potuto essere fatte a degli estranei o a' figli del disponente.

Supponiamo dapprima, che degli estranei siano stati gratificati, indipendentemente dal nuovo coniuge: per esempio Tizio dona ad un estraneo 15, 000 franchi, e quindi alla sua seconda moglie una quota di figlio. Egli muore, lasciando quattro figli del suo primo letto, ed 80,000 franchi di fortuna. Le donazioni tutte insieme non possono eccedere il quarto dei beni, cioè 20, 000 franchi, ed i tre quarti riserbati ai figli procurano a ciascun figlio a titolo di riserva 15, 000 franchi. Tal era la parte di figlio, che prende meno. Il secondo coniuge, se fosse stato gratificato solo, potrebbe ricevere 15, 000 franchi. Ma sulla quota disponibile, che è di 20, 000 franchi, s' imputa dapprima una donazione anteriore in da'a di 15,000 franchi. Restano 5,000 franchi, di cui la matrigna dovrà contentarsi.

Questa soluzione dipende dal principio, che la quota disponibile fissata dall' art. 1098 non può essere cumulata con quella dell' articolo 913 (a), ma si confonde con questa sin al'a debita concorrenza. Se, come l' abbiamo precedentemente provato, la quota disponibile determinata dall' art. 1094 a favore del coniuge il più favorito, quello di un primo matrimonio, non si aggiunge alla quota disponibile ordinaria, ma si confonde con quella sino al'a concorrenza del'a più debole quota, con maggiore ragione è lo stesso della porzione disponibile speciale del coniuge di un secondo letto (2) (b).

2709. Di là delle conseguenze facili a dedurre, e che sono state consacrate dai tribunali.

La prima è, che se il disponente, quando contrae un secondo matrimonio, ha di già esaurito con delle liberalità la quota disponibile ordinaria dell' art. 913, non può nulla più donare al suo nuovo coniuge. Perciocchè la quota dell'art. 1098, talvolta più debole, ma mai più forte di quella dell' art. 913, non è più libera nelle sue mani (3).

La seconda si è, che in senso inverso, quando una persona, che ha tre figli, di cui due di un primo letto, ha donato al suo secondo coniuge l'usufrutto della metà dei suoi beni, e che questo usufrutto è giudicato equivalente ad un quarto in piena proprietà, questa persona non può più disporre di nulla a favore di chicchessia (4).

2710. Supponiamo ora, che le liberalità, che accompagnano la donaz'one fatta al nuovo coniuge, siano state fatte ai figli del donante.

Bisogna distinguere, se il figlio donatario è stato o no dispensato dalla collazione, se è stato o non vantaggiato per precapienza.

Mettiamoci nella ipotesi, in cui la liberalità fatta ad uno dei figli, non è stata esonerata dalla collazione, ma ha il carattere di un'anticipazione di successione, e poghiamo una specie.

Tizio ha quattro figli; fa ad uno di loro una donazione, che non dispensa dalla collazione, e che giunge a 10, 000 franchi: fa un testamento, nel quale lega a sua moglie una parte di figlio, che prende il meno. Muore lasciando 90, 000 franchi.

I figli non donatari potranno evidentemente dimandare, che il loro fratello faccia la collazione dei 10, 000 franchi, a lui donati per anticipazione di successione. Ma tale collaz'one dovrà giovare alla moglie del secondo letto?

Se ella ne profitta, bisognerà aggiungere i 10, 000 franchi donati ai 90, 000 esistenti in morte del testatore, e dire, che potrà pretendere il quinto dei 100, 000 franchi, vale a dire 20, 000 franchi.

Se ella non deve profittarne, la sua porzione dovrà regolarsi sui rimanenti 90,000 fr., ed il suo quinto non sarà, che di 18, 000 franchi.

La ragione di dubitare del suo dritto di profittare del'a collazione, si ricava dal principio emesso dall' art. 857 del codice Napoleone: « La collazione è dovuta soltanto dal coerede « al suo coerede; non è dovuta ai legatari nè « ai creditori della successione ». Ma questa obiezione non potrebbe arrestarci, se ci riportiamo a quello, che abbiamo detto *supra* (5) in una quistione analoga. Qui, come nel caso, cui rinviamo, si tratta di comporre la massa, sulla quale deve essere calcolata una quota disponibile. Ora non bisogna confondere la collazione reale, effettiva, stabilita dalla legge in un interesse di uguaglianza tra gli eredi, collazione, che i soli eredi possono dimandare, con la

(1) In questo senso Grenier. t. 4, n. 708. Chabot, *Quist. transit.*, p. 141, n. 3. Dalloz, Repert. mel., v° *Disposiz. tra vivi e testam.*, t. 6, cap. 12, sez., 4, art. 2, n. 37.

(a) Leggi civili art. 829. *Il trad.*

(2) Duranton, t. IX, n. 815. Zachariae, t. 5, p. 229, § 690.

(b) Noi ammettiamo questa medesima teoria ma per una ragione diversa. La quota speciale del coniuge è un favore accordatogli a danno de' figli, è un' ampliazione stabilita unicamente nel favore del coniuge. Ma nel caso di seconde nozze la legge antepone i riguardi pe' figli del primo letto alle considerazioni pel coniuge rimaritato, ed invece di ampliare restringe la facoltà di disporre. *Il trad*

(3) Cassaz., 2 febb. 1819 (Devill., 6, 1, 18). Lione 14 maggio 1813 (Devill., 4. 2, 308).

(4) Cassa., rig. 21 luglio 1821 (Devill., 4, 1, 399).

(5) *Sopra*, n. 979 e seg.

riunione fittizia alla massa dei beni e l'imputazione sulla riserva, il di cui scopo è di determinare la quota disponibile nell'interesse dei donatari estranei.

Nella nostra specie la moglie vantaggiata non ha senza dubbio il dritto di chiedere la collazione reale di quello, ch'è stato donato ad un figlio; essa non può prendere su de' beni di già donati una liberalità, che gli è stata fatta posteriormente alla donazione (1). Ma essa ha il dritto di fare calcolare la parte di figlio su di una massa integrale e completa; essa ha il dritto di far annumerare questa parte di ciocchè è stato donato a' figli soltanto in anticipazione di successione, e dev'essere imputato nella loro riserva (2). Agendo in tal modo, farà ella rispettare la volontà del padre di famiglia; dapoichè donando per anticipazione di successione, non ha pensato d'intaccare la sua quota disponibile, ma ha solamente voluto far godere al suo figlio della riserva per anticipazione.

2711. La soluzione non è la stessa, quando la donazione fatta ad uno de' figli è stata dispensata dalla collazione. Allora per determinare la parte di figlio, ch'è stata attribuita al secondo coniuge, non bisogna prendere in considerazione, che la quota di ciascun figlio nella parte indisponibile della successione. Ed in effetti l'erede, che ha ricevuto una liberalità con dispensa dalla collazione è simile ad un donatario estraneo. Egli conserva il dono sino alla concorrenza della quota disponibile, e benchè succede altrove, non ne comunica il beneficio a' suoi coeredi.

2712. Questa regola tuttaffatto evidente, quando la donazione fatta al coniuge siegue il dono per precapienza, non è meno certa, quando il dono per precapienza vien dopo della donazione al coniuge.

Col suo contratto di matrimonio stipulato il 6 di giugno, 1820 Guilbeau padre ha donato al coniuge in seconde nozze pel caso, in cui gli sopravviverebbe, una porzione di figlio uguale a quella, che il meno prendente riceverebbe nella sua successione.

Col suo testamento in data de' 2 di giugno 1824 egli ha legato per precapienza ed anteparte a Pietro Guilbeau, suo figlio, 6000 franchi, ed alla moglie Vigné, sua figlia, 4,000 franchi.

La vedova voleva, che per calcolare la parte di figlio prendente meno, alla quale ella aveva dritto, le somme legate per precapienza fossero riunite alla massa.

Ma questa pretensione è stata respinta con ragione con arresto della corte di Parigi dei 19 di luglio 1838; « attesochè se la moglie « per fare fissare questa parte di figlio può esigere la collazione delle donazioni e de' legati « fatti da suo marito, ella nondimeno non può « dimandare questa collazione, se non quando « i figli avessero dritto di esigerla essi stessi, « e ch'ella non ha dritto di criticare le disposizioni di suo marito ogni volta, che la sua « porzione si trova equivalente a quella, che « riviene ad uno de' figli, ridotto alla sua porzione nella quota non disponibile;.... attesochè sebbene la donazione fatta da Guilbeau « alla sua seconda moglie fosse irrevocabile ed « anteriore al testamento, nulladimeno il dritto « risultante da questa donazione a favore della « vedova Guilbeau, non poteva essere fissato, « che nella morte di suo marito, poichè solamente in tal'epoca diveniva possibile di determinare la parte di figlio (3) ».

Nulla è più giuridico di questa decisione. Che cosa il disponente ha donato? Una parte di figlio, prendente il meno. Dunque tutto quello, che in avvenire viene a diminuire la parte di un figlio, diminuisce necessariamente il vantaggio fatto al coniuge. La parte di figlio non potrebbe essere determinata che nel giorno della morte, e dapoichè il donante ha usato del dritto, che gli appartiene di fare delle liberalità. Epperò lo sposo donatario non ha potuto contare, che su di un vantaggio variabile, elastico, e suscettibile di più o di meno. Questo è quello, che spiega, perchè la donazione, benchè irrevocabile, può essere influenzata dalle disposizioni posteriori e dal fatto potestativo del donante.

2713. Sino al presente abbiamo cercato di fissare secondo i principî di dritto, quale può essere la parte di figlio, prendente il meno, che può essere donata dal coniuge, che si rimarita, al suo consorte. Ma è possibile, che un figlio raccolga nel fatto meno della sua porzione di dritto, e ciò in seguito d'una rinunzia ad una parte de' suoi dritti. Si domanda se in simile caso, per determinare il dritto del coniuge donatario, bisogna prendere per base ciò, che il figlio meno prendente raccoglie in fatto, ovvero ciò, che potrebbe raccogliere in dritto.

Questa quistione era stata in un tempo agitatissima. Essa si presentava soprattutto in un caso, che oggi non può più verificarsi, ma che per analogia ci può mettere sulla via della risposta alla nostra quistione.

Un padre nel maritare sua figlia, le aveva costituito una dote inferiore alla quota della sua legittima, e le aveva fatto rinunziare alla

(1) Parigi, 9 giugno 1836. (Devill., 36, 2, 336. *Palazzo*, t. XXVII, p. 1417).

(2) Parigi, 20 febb. 1809. (Devill., 3, 2, 28. *Palaz.* t. VII, p. 392).

(3) Devill., 38, 2, 397.

Digitized by Google

sua futura successione. La moglie in seconde nozze di questo individuo doveva essere ridotta ad una parte uguale alla dote, ovvero poteva ella dimandare una parte uguale alla legittima? In una parola bisognava prendere per base il fatto o il dritto?

La giurisprudenza aveva variato. Si decideva anticamente, che bisognava soffermarsi al fatto, e che il coniuge non doveva avere più di quello, che per la propria volontà il figlio prendeole il meno aveva (1).

Ma l'opinione contraria più favorevole al coniuge finì col vincerla. Si riconobbe, che la quota disponibile in favore di questo coniuge non doveva essere lasciata all'arbitrio de'figli. La parte del figlio prendente il meno, come la vede la legge, è la parte di un figlio, che succede, e non la parte, che un figlio si fa per la propria volontà, mercè rinunzie ed aggiustamenti di famiglia contrari al suo dritto. Ed in questo senso gli arresti (2) e gli autori (3) si sono pronunziati in diffinitivo.

Se ne traeva la conseguenza, che se un figlio, che aveva ricevuto un dono inferiore alla sua legittima, si asteneva di agire pel supplemento, non pregiudicava il dritto del coniuge sopravvivente di avere l'equivalente della sua legittima (4); che non bisognava aver riguardo alla dote, della quale una donzella doveva contentarsi per effetto di una rinunzia inserita nel suo contratto di matrimonio, per regolare il disponibile del coniuge del secondo letto (5); e che con maggiore ragione non bisognava tenere verun conto della situazione di un figlio, che diseredato per giusta causa non avesse ricevuto, che degli alimenti (6), non avrebbe da pretendere nulla (7).

Questa seconda dottrina, ch'è la vera, ci deve servire di guida sotto il codice Napoleone ne' casi analoghi.

Supponiamo per esempio, che uno de' figli abbia ricevuto una donazione in anticipazione di successione, e che i suoi fratelli trascurano o ricusano di dimandare la collazione. Questo fatto non nuocerà al nuovo coniuge, che come abbiamo dimostrato, profitta della collazione per la liquidazione della sua porzione disponibile (8).

I figli possono ben rinunziare, sinchè vogliono, al loro dritto, ma pel loro silenzio o la loro collusione non potrebbero pregiudicare il loro patrigno o matrigna, cui il defonto ha assicurato una parte di figlio. « *Quo remedio si experiri nolint*, dice Voet, *sed acquiescendum putent, juri quidem suo renunciare possunt, at non praejudicare juri novercae, cui filialis portio ex testamento vel pacto dotali est debita* (9).

2714. Quello, che abbiamo detto di una rinunzia parziale, non è meno vero, quando un figlio si priva di ogni quota nella successione con una rinunzia volontaria pura e semplice. Bisogna regolare le cose, come se avesse ricevuta la parte, che la legge gli ha fatto (10).

2715. Diciamo pure, che il figlio spogliato della sua quota per la sua indegnità, deve contare come se la prendesse in realtà. Non si considera il fatto della sua pena, ma bensì la parte, alla quale aveva dritto, e che avrebbe ricevuto senza la sua indegnità. Il coniuge non potrebbe essere ridotto a nulla per dei fatti, che gli sono estranei (11).

2716. E poichè in tutte queste quistioni il dritto vince il fatto, non si misurerà la parte del coniuge sulla parte dei figli accresciuta della parte dell'indegno o del rinunziante, la quale deve dividersi tra loro. Si prenderanno le cose tali, quali sono state regolate nel giorno della morte, come se non vi fosse stata rinunzia od esclusione per indegnità. Senza di che il coniuge profitterebbe indirettamente della rinunzia o della pena dell'indegno, ed è questo ciò, che non si potrebbe ammettere.

2717. Quando un figlio di primo grado è morto, ed è rappresentato dai suoi discendenti, questi nipoti sono contati puramente e semplicemente per quello, che rappresentano nella successione del disponente, e la donazione fatta al nuovo coniuge non è ridotta alla parte, che uno dei nipoti ha nella suddivisione della quota spettata al suo ceppo (12). Tal è la conseguenza dell'art. 740 del codice Napoleone (13).

Nulladimeno ciò era dubbio nel dritto antico, quando il disponente aveva un sol figlio del primo matrimonio, e che quello premoriva, lasciando dei discendenti. Delle gravi autorità pensavano in questo caso, che il secondo coniuge non potesse prendere dei beni del disponente, che una parte uguale a quella del nipote, che prendeva il meno, benchè se il figlio del primo grado non fosse morto, avrebbe dovuto considerarsi la sua persona e la sua parte e non quella dei suoi figli. Per così decidere

(1) Chenu, 1ª *Cent. Quist.*, 66, *in fine*. Choppio. libro 3, *in consuet. And.* c. 11, tit. 1, *num.* 9. A. Fabro, *Cod.* lib. 5, tit. 5, *Defin.*, 3, nota 7.

(2) Brodeau e Louet, lett. N, somm. 3, n. 22. Expilly, cap. 167 de' suoi arresti.

(3) Voet, *de Ritu nupt.* n. 130. Perezio, *ad Cod. de secundis nupt.*, n. 17. Fabro. *Cod* lib. 5, tit. 5, Def. 3. Ricard, *Donaz.*, p. 3, n. 1264 e seg. Pothier, *Contratto di matrimonio*, n. 561, e seg.

(4) Pothier, *ibid.*, n. 561.

(5) Pothier, *ibid.*, n. 562.

(6) Ricard, *ibid.*, n. 1266. Pothier, *ibid.*, n. 563.

(7) Ricard, *loc. cit.*, n. 1268.

(8) *Sopra*, n. 2710.

(9) *De Ritu nuptiarum* n. 130, *in fine*.

(10) *Sopra*, n. 784.

(11) *Sopra*, n. 795.

(12) Ricard, *loc. cit.*, n. 1271. Pothier, *loc. cit.*, numero 564.

(13) Toullier, t. 5, n. 877.

Digitized by Google

Brodeau si fondava sul testo dell'editto, che ripeteva più volte: « Piucchè all'uno dei loro figli, o figli dei loro figli (1) » e citava in appoggio un arresto del parlamento di Parigi del 1651. Ricard(2) e Pothier(3) nell'accettare siffatta soluzione, le danno per base un'altra ragione, cioè che la rappresentazione non ha luogo nel proposto caso; dapoichè non è una finzione utile, che quando vi sono più stirpi, ed è priva di senso, quando vi è una stirpe sola.

Nonpertanto dobbiamo dire, che tale opinione non era unanime, Cambolas riferisce un arresto del Parlamento di Tolosa dei 16 di maggio 1619, che decide, che tutto quanto è preso dai nipoti deve essere considerato come una stessa porzione, sulla quale debbono essere misurati i vantaggi fatti al secondo coniuge, e non già su quello, che ciascuno dei nipoti prende in particolare (4).

Sotto del codice l'opinione di Brodeau, di Ricard, e di Pothier è generalmente rigettata, e doveva esserlo. L'art. 914 ci dice, che per la determinazione della quota disponibile i discendenti, in qualunque grado essi siano, non sono contati, che pel figlio, che rappresentano nella successione del disponente, ed abbiamo veduto, che questo articolo abbraccia il caso, in cui i nipoti sono tutti nati da un unico figlio premorto (5). Ora o che si tratti di fissare la quota disponibile ordinaria o la quota speciale del coniuge del secondo matrimonio, la regola devo essere la stessa. Sarebbe forse giusto, che la morte prematura di un figlio del disponente, ed il numero dei discendenti, che questo figlio lascia, cambiassero la latitudine della quota disponibile del padre di famiglia (6)?

2718. Del resto in questa materia come in tutta la materia delle donazioni e dei testamenti vi sono delle quistioni di volontà, che si allontanano dalle regole abituali di diritto, e debbono essere risolute dalle circostanze.

Così è possibile, che il donante nel donare al suo coniuge una quota di figlio, che prende il meno, abbia inteso di donargli non già l'equivalente di ciò, che il figlio, che prende il meno raccoglie sull'insieme dei suoi beni, ma l'equivalente della sua quota in una porzione limitata del suo patrimonio. Troviamo un esempio di questa particolarità in una specie giudicata dalla corte di Douai.

Nicola Ducastel nel contrarre un secondo matrimonio aveva donato a sua moglie una parte di figlio, ma aveva ricordato nel contratto, che conformemente agli articoli 1075 e seguenti aveva fatto ai suoi figli di un precedente matrimonio la divisione anticipata di più quote d'immobili in forma di donazione tra vivi, aggiungendo, non avere più su questi beni, che il solo usufrutto, che se u' era riserbato.

In queste circostanze la corte di Douai credè di potere decidere che il marito non aveva inteso di donare, e che il coniuge non aveva inteso di ricevere, che una parte dei beni esistenti nel dì della morte, all' infuori di quelli, dei quali aveva già primo irrevocabilmente disposto (7).

2719. Resta un' assai grave difficoltà sulla fissazione della quota di figlio. Supponiamo, che il coniuge passato a seconde nozze abbia donato al suo nuovo coniuge una quota di figlio, e che in seguito i suoi figli del primo letto vengano a premorire senza posterità. Come si regolerà la parte di figlio, non essendovi più figli?

Codesta quistione era diversamente risoluta nel dritto antico. Gli uni volevano, che il coniuge donatario avesse tutto il patrimonio (8); gli altri volevano, che non avesse nulla. Voet (9) decide, che la parte di figlio deve comprendere la metà dei beni. Ricard (10) Pothier (11) adottano questa soluzione. Un arresto del 1763 (12) l'ha consacrato.

La ragione di questa decisione si è, che colui, il quale o per contratto di matrimonio o per testamento ha donato allo suo seconda moglie una quota di figlio, non ha voluto donarle la totalità del suo patrimonio, ma solamente una porzione, e che questa porzione non essendo fissata dal disponente nè da veruno equivalente, bisogna dire, avere voluto il donante donare la metà secondo la regola contenuta nella legge 164. § 1, D., *de verb. significat.* — *Sed si non fecerit portio adiecta, dimidia pars debetur* (13).

Ma questa decisione non può essere più seguita sotto il codice Napoleone, e bisogna dire, che con la parola « quota di figlio » il donante non ha potuto avere in mira, che il quarto dei suoi beni al più; perocchè l'art. 1098 non permette, che la parte di figlio si elevi al di sopra di tale misura (14), ed il testatore non è riputato di avere voluto altra cosa di quella

(1) Su Louet, lettera N, somm. 3, a. 22, arresto del 1651.
(2) *Donaz. loc. cit.*, n.i 1272 e seg.
(3) *Op. cit.*, n. 565.
(4) Lib. 6, cap. 18.
(5) *Sopra*, n. 797.
(6) Grenier, t. 4, n. 705. Toullier, t. 5, n. 877. Delvincourt, t. 2, p. 442, ediz. del 1834. Duranton, t. 9, n. 803.
(7) 30 dicem. 1843. (Devill., 44, 2, 389).
(8) Lebrun, *Success.*, lib. 2, cap. 6, Dist. 5, a. 12.
(9) *Loc. cit.*, n. 129.
(10) *Op. cit.*, p. 3, n. 1281.
(11) *Op. cit.*, n. 589.
(12) Denizart, v° *Nozze*, n. 25.
(13) Pothier, Pand., t. 3, p. 679, n. 161.
(14) Grenier, t. 4, n. 683, edizione Bayle-Mouillard. Toullier, t. 5, n. 887. Duranton, t. 9, n. 824. Zachariae, t. 5, p. 231, nota 41. Coin-Delisle, art. 1098, n.i 11 e 12.

della legge, soprattutto quando si è servito di formole adoprate dalla stessa legge.

Il signor Vazeille non ammette questa soluzione (1), e crede che il coniuge debba avere tutto il disponibile, e per conseguenza la intiera successione, se il donante non lascia che dei collaterali, una metà o tre quarti se lascia degli ascendenti in una linea o nelle due linee, e se non vi sono altre liberalità. Questo autore si fonda su che il disponente nel donare al suo coniuge una parte di figlio ha voluto per quanto da lui dipendeva assimilarlo ad un figlio, conferirlene i dritti, chiamarlo per conseguenza a tutta la successione in mancanza di riservatari.

Questo ragionamento riposa per intiero su delle arbitrarie congetture. Come trarre da una disposizione, che dona unicamente una parte di figlio la donazione della totalità? Come non vedere, che il disponente non ha preveduto il caso nefasto, in cui morrebbe senza posterità, e che la sua liberalità ha per base, che egli conserverà i figli, che ha di già? Infine è egli possibile di rifare dopo il fatto e per un azzardata divinazione la disposizione primitiva? Il solo disponente aveva il dritto di prendere altre determinazioni dopo la sventura, che l'ha colpito. Perchè non lo ha fatto? Forse il Giudice ha il potere di disporre per lui e di sostituire la sua volontà preso a prestito a quella, che è stata formalmente espressa?

2720. Ora che si sa quello, che comprende la parte di figlio, che prende meno, e che se ne conosce la consistenza e l'estensione, dobbiamo fare osservare, che il vedovo, che ha dei figli del primo letto, non ha a sua disposizione tante parti di figli per quanti matrimoni ulteriori può contrarre, a condizione però di non eccedere la quota disponibile. Le liberalità, che egli fa al suo secondo e terzo coniuge, non possono unite eccedere una parte di figlio, che prende meno. In tal senso le leggi romane e l'editto del e seconde nozze sono stati intesi, ed il codice non ha manifestata la volontà di innovare a tal riguardo.

Nulladimeno questa soluzione è stata contestata. Si è fatto capitale per combatterla di una leggiera differenza di redazione tra l'editto del 1560 ed il codice Napoleone. L'editto delle seconde nozze vietava alle vedove di donare « ai loro nuovi mariti » al di là di una parte di figlio, che prende il meno. Il codice Napoleone non adopra più il plurale, e si limita a vietare a colui, che avendo figli di un altro letto, contrae un secondo o un sussegnente matrimonio, di donare « al suo nuovo coniuge » al di là di una parte di figlio. Da questa differenza nei testi si è conchiuso, applicarsi il codice ad un nuovo coniuge in particolare la quota disponibile, che l'editto applicava ai nuovi coniugi presi collettivamente (2).

È mestieri di rifiutare siffatta interpretazione (3). Quello, che l'art. 1098 non dice nei termini dell'editto delle seconde nozze, lo dice del pari energicamente con questi. « Senzachè « in verun caso, queste donazioni (in plurale) » possano eccedere il quarto dei beni; » d'altronde è certo, avere voluto il legislatore serbare la saggia disposizione dell'antico dritto, e non creare un nuovo sistema (4) (a).

2721. Passiamo ad un altr' ordine d'idee,

(1) Sull'art. 1098, n.i 11 e 12.

(2) Duranton, t. 9, n. 804.

(3) Toullier, t. 5, n. 882. Delvincourt, t. 2, p. 438, ediz. del 1834. Grenier, n. 712, t. 4. p. 415, ediz. di B. Mouillard. Vazeille, su 1098, n. 10.

(4) V. l'esposizione de' motivi. Fenet, t. 12, p 573.

(a) La legge 6, del Codice *de secundis nuptiis*, è scritta come siegue.

« Hac edictali lege in perpetuum valitura sancimus, « si ex priore matrimonio procreatis liberis, pater materve ad secunda, vel tertia, aut ulterius repetiti matrimonii voto migraverit, non sit ei licitum novercae « vel vitrico testamento, vel sine scriptura, seu codicillis, hereditatis jure, sive legati, sive fideicommissi « titulo plus relinquere, nec dotis, aut ante nuptias donationis nomine, seu mortis causa habita donatione, « conferre, nec inter vivos conscribendis donationibus, « (quae etsi constante matrimonio civili jure interdictae sint, morte tamen donatoris ex certis causis confirmari solent), quam filio vel filiae, si unus vel una « exstiterit. Quod si plures liberi fuerint, singulis aequas partes habentibus, minime plus quam ad unumquemque eorum pervenerit, ad eorum liceat vitricum « novercamve transferri. Sin autem non ex equis portionibus ad eosdem liberos memoratae transierint facultates, tum quoque non liceat plus eorum novercae « vel vitrico testamento relinquere vel donare, seu dotis vel ante nuptias donationis titulo conferre, quam « ilius vel filia habet, cui minor portio ultima voluntate derelicta, vel data fuerit, aut donata: ita tamen « ut quarta pars, quae eisdem liberis debetur ex legibus, nullo modo minuatur, nisi ex his causis, quae de « inofficioso excludunt querelam. Quam observationem « in personis etiam avi (vel aviae) proavi et proaviae « nepotum vel neptium, item pronepotum vel proneptium, sive in potestate, sive emancipati emancipataeve sint, ex paterna vel materna linea venientibus, « custodiri censemus. Sin vero plus quam statutum est, « (aliquid) novercae vel vitrico relictum vel donatum, « aut datum fuerit, tanquam non scriptum, neque derelictum, vel donatum, aut datum sit, ad personas deferri liberorum, et inter eas dividi jubemus, omni circumscriptione, si qua per interpositam personam, vel « alio quocumque modo fuerit excogitata, cessante ».

Si domandava, se dovessero prendere parte nella ripartizione dell'eccedente i figli di diverso letto, e Voet risponde « Plane si non secundas, sed tertias aut quartas nuptias quis contraxerit, et quartae coniugi quid « contra sententiam *d. legis* 6 donatum aut relictum « voluerit, quicquid ita coniugi quartae ademptum fuerit, tanquam neque datum, neque relictum, id inter « omnes non primi tantum, sed et secundi, tertiique « matrimonii liberos aequaliter dividendum erit, cum « aequaliter his omnibus per quartam conjugium laesio illata sit; adeoque generaliter acquiretur liberis « omnibus, praeter eos, qui ex postremo matrimonio, « seu ex ipso coniuge nimium honorato nati sunt, quod « non obscure praecipere videtur Imperator, dum non « *primi*, sed generaliter *prioris matrimonii*, mentionem « habens, constituit, *si ex priore matrimonio procrea-*

Digitized by Google

e ricerchiamo quali disposizioni debbono essere circoscritte nei limiti della quota determinata dall' art. 1098.

Sono evidentemente le donazioni fatte al nuovo consorte sia nel suo contratto nuziale, sia durante il secondo matrimonio. Esse si dirigono alla persona nella sua qualità di coniuge.

In quanto alle donazioni, che sono state fatte alla stessa persona primachè sia maritata, bisogno indagare, se sono state fatte oppur no in vista del matrimonio da contrarsi. Determinate dalla condizione del secondo matrimonio, cadono sotto la restrizione dell' art. 1098; ma se sono state fatte in un'epoca, nella quale neanche il pensiero di questa unione era stato concepito, la donazione avrà fatto acquistare al donatario un dritto irrevocabile, riducibile solamente nei termini del dritto comune, ma che non sarà menomato per effetto di un matrimonio, che le parti hanno contratto in prosieguo (1).

2722. Secondo i principî generali s'imputano nella quota disponibile solamente le liberalità propriamente dette. Tutti gli atti, che hanno

« *tis liberis pater materve ad secundo, vel tertio, aut* « *ulterius repetiti matrimonii voto migravit, non sit* « *ei licentia* ecc. (*).

Poniamo un esempio: Tizio col contratto di matrimonio dona a sua moglie duc. 6000. Rimasto vedovo con due figli, passa a seconde nozze, e dona alla seconda moglie altri duc. 6000. Vedovato la seconda volta dopo di avere avuto dal secondo matrimonio due altri figli, passa a terze nozze, e dona alla terza moglie un' ugual somma di duc. 6000. Muore dopo di avere avuto da questo terzo matrimonio due altri figli, e lascia un patrimonio di duc. 36,000 oltre le tre succennate donazioni. La quota dunque di ciascun figlio è di duc. 6,000.

Secondo l' interpretazione, che davasi in Francia, giusta la testimonianza del nostro autore, alla citata legge *Hoc edictali*, la donazione del secondo coniuge non avrebbe ecceduta la misura stabilita dalla legge; ma poichè una doveva essere la quota disponibile per tutt' i coniugi, la donazione del terzo coniuge sarebbe nulla per intiera. Questi duc. 6000, inutilmente donati, sono ripartibili tra i quattro figli dei due primi matrimoni, ed i due del terzo vengono ad avere duc. 1500 di meno dei quattro loro fratelli. Così costoro si trovano di un quinto più ricchi dei loro fratelli minori.

Eppure il padre ha voluto serbare un' esatta uguaglianza fra tutti; egli non si è ingannato sull' ammontare della sua fortuna e nonpertanto le sue previsioni sono rimaste deluse sino a surrogarsi a quel sistema di assoluta uguaglianza tra' figli il sistema contrario d' una ineguaglianza eccessiva. Il disponibile del padre era di duc. 27 mila, ed egli ha disposto di soli duc. 18 mila. Chi gl' impediva di dare i rimanenti duc. 9000 a' figli del terzo letto? Egli non lo ha fatto, perchè essendo padre di tutti, ha ritenuto, che tutti avessero un egual dritto alla sua tenerezza, e tutti quindi dovessero nell' istesso modo partecipare della sua fortuna. La legge verrebbe a sconvolgere questa combinazione approvata dalla natura, ed a rendere il padre ciecamente e forzosamente parziale per gli uni, ingiusto per gli altri. Egli, che avrebbe spesa tutta la sua vita ad educare i figli, di diversi matrimoni all' amore ed alla stima reciproca, e che a tal fine si sarebbe studiato di non fornire ad alcuno motivi di malcontento verso dell' altro; egli che per questa stessa ragione si è mostrato del pari generoso con ciascuna delle tre madri; egli infine, che ha veduto la Provvidenza coronare quest' opera di pace e di armonia nella famiglia, concedendogli un egual numero di figli da ciascun matrimonio, egli vede strapparsi di mano tutto il frutto delle sue cure, de' suoi calcoli, e delle sue previdenze, e messo l' animosità ed il livore tra' suoi figli, che sino allora erano stati modello di amore fraterno. E chi interviene sì tristamente in questa buona famiglia per accendervi la face della discordia? La legge in nome della morale e del bene dei figli!! Una interpretazione, che conduce a quest' assurdo, non può esser vera.

Convenghiamo, che applicata letteralmente la legge *hac edictali*, implica sempre i figli, nati dal matrimonio eccessivamente favorito, in una condizione d' ineguaglianza con gli altri fratelli. Così se nell' esempio prescelto supponghiamo, che la donazione a favore del terzo matrimonio sia stata di ducati 7000, i due figli di questo matrimonio avranno ducati 250 di meno degli altri quattro fratelli. Ma quest' inconveniente, che nasce indubitatamente dall' applicazione della legge, è forse una ragione per interpretarla in modo da renderlo anche maggiore ed a larghe proporzioni più ingiusto? In questa seconda ipotesi il disponente o si è ingannato nel calcolo del suo patrimonio o ha voluto deliberatamente controvvenire alla legge, il cui senso non può esser dubbio: egli è stato il primo ad infrangere l' uguaglianza tra' figli, e le conseguenze, che ne emergono, sono quelle del suo errore o della sua contravvenzione: ma se il padre di famiglia non si è ingannato, nè ha voluto dare al nuovo coniuge più di quanto prende il figlio meno favorito, l' applicazione della legge non diviene ingiusta. Aggiungiamo, che la nuova legislazione non ha adottata la sanzione della legge romana, appunto perchè volgevasi in danno de' figli, ed ingenerava una ingiusta ineguaglianza tra essi. Ma questo difetto non deve accrescersi con una interpretazione, che si oppone anche a' termini della disposizione. La legge 6 del Codice considera ciascun matrimonio e ciascun nuovo coniuge separatamente, e fissa per ognuno un disponibile a parte: *non sit ei licitum novercae vel vitrico;* perchè si sostituirebbe il plurale al singolare per giungere poi a quella sì trista applicazione della legge, della quale abbiamo parlato?

Ciò per il dritto anteriore al Codice. In quanto alla legislazione imperante dal 1809 al 1819, ci permettiamo di pensare, che mentre l' art. 1098 del Codice francese cantiene, non diversamente dalla legge romana, la menzione del novello sposo nel singolare, la disposizione finale, con la quale si limitano siffatte donazioni ad un quarto, non è un argomento per ritenere, che una sola quota di figlio, che prende il meno, debba essere il disponibile per tutti i nuovi sposi de' matrimoni successivi, per la ragione ch' ivi il legislatore doveva necessariamente usare il plurale pel caso, in cui vi fossero stati più susseguenti matrimoni, ed altrettante corrispondenti donazioni a' nuovi coniugi, le quali, addizionate, non debbono oltrepassare il quarto de' beni.

Per ultimo siccome le nostre nuove Leggi civili non han riprodotta quella seconda limitazione del Codice francese, manca per noi presentemente la disposizione, dalla quale l' illustre autore trae la risposta all' obbiezione, senza dubbio fondatissima, della locuzione della legge nel numero singolare; ed è quindi più certa l' interpretazione, per la quale ciascun nuovo coniuge può avere una donazione uguale alla quota del figlio, che prende il meno, purchè queste donazioni, addizionate, non superano il disponibile comune. *Il traduttore.*

(*) *De ritu nuptiar.* n. 110, *in fine.*

(1) Pothier, *Contrat. di matrim.*, n. 548. Toullier, t. 5, n. 876. Dalloz, v° *Disposiz., tra vivi* e *testam.* t. 6, p. 278, n. 12. Zachariae, t. 5, p. 218, nota 8.

un carattere a titolo oneroso, interessati per entrambe le parti, anche quando nel diffinitivo procurassero un profitto, non contano nella quóta, che i donatari ordinari hanno dritto di raccogliere. Ma occorre maggiore severità, quando si tratta di un secondo coniuge e degli interessi del primo letto. S'imputano allora, nella quota disponibile, e si riducono in caso di eccesso i vantaggi, che il nuovo coniuge ritrae dalle convenzioni matrimoniali, benchè queste convenzioni portino il carattere di clausole di associazioni interessate per ciascuna delle parti. Noi abbiamo altrove sviluppato questo principio, e vi rinviamo (1).

2723. Bisogna ora occuparsi dell'azione di riduzione e delle persone che ne profittano. Ma noi abbiamo trattato questo punto con dettaglio nel nostro *Commentario del contratto di matrimonio* (2). Il lettore potrà ricorrervi. Abbiamo stabilito col testo dell'articolo 1496, che l'azione di riduzione, non appartiene, che ai figli del primo letto; che nondimeno i figli del secondo letto ne profittano per occasione a fine di serbare l'uguaglianza nella famiglia(3), ma che questi ultimi non hanno nulla da pretendere, 1. se tutti i figli del primo letto sono premorti (4); 2. se ripudiano puramente e semplicemente e d'una maniera assoluta (5). Abbiamo aggiunto, che se pertanto i figli del primo letto sono ripristinati nel loro dritto mediante un prezzo, siccome sono riputati di avere abbandonata soltanto la loro quota nella riduzione e non già quella dei loro fratelli e sorelle del secondo letto, costoro possono profittare di questo fatto per ottenere ciò, che deve loro rivenire nella successione del comune autore(6).

2724. Su di un sol punto vogliamo insistere un istante. Abbiamo detto nell'opera precitata con la più parte degli autori, che i figli del primo letto non possono intentare l'azione di riduzione aperta a loro favore dall'art. 1496 del codice Napoleone, se non quando si dichiarano eredi (7). Ma abbiamo più sopra stabilito (8), che per regola non è necessario d'essere erede per esercitare l'azione di riduzione, e che tale azione è attribuita alla qualità di figlio *jure sanguinis, jure naturali*. Dobbiamo dunque riconoscere, che nel caso particolare, che ci occupa, la sola qualità di figlio basta, come essa basta secondo il dritto comune (9). Del resto questo è quello, che aveva luogo nel dritto antico in virtù dell'editto delle seconde nozze, non solamente nei paesi di dritto scritto, ove giusta la legge romana la legittima apparteneva alla qualità di figlio e non alla qualità di erede (10), ma ancora nei paesi di consuetudine, benchè vi si tenesse per massima: *non habet legitimam nisi qui heres est* (11).

«Affinchè i figli, diceva Pothier, possano di- « mandare la riduzione, non è necessario, che « siano eredi della loro madre, che ha fatto la « donazione; perocchè la madre loro con la « donazione, che ha fatta al suo secondo marito, avendo messo fuori de' suoi beni tutto « quello, ch'è compreso nella donazione, tutto « quello, che vi è compreso, non facendo più « parte de' suoi beni, nel momento della morte « non si trova nella sua successione. Non è necessario, che vengano alla sua successione « per avere quello, che dev'essere ridotto dalla « donazione (12) ».

2725. Ma quello, che dicevamo del dritto del figlio, che rinunzia, di agire in riduzione, non bisogna deciderlo per l'indegno. Questo non profitta della riduzione, che subisce il secondo coniuge, dapoichè le cause, che rendono qualcuno indegno di raccogliere i beni, che compongono la successione del suo parente, lo rendono ugualmente indegno di arricchirsi mediante la riduzione de' beni donati al nuovo coniuge in violazione dell'art. 1098 (13).

Però non apparterrà al nuovo coniuge per isfuggire alla riduzione d'invocare l'indegnità del figlio, che lo conviene in giudizio. Siccome i coeredi dell'indegno sono coloro, che soli profittano della parte, che costui avrebbe raccolta (14), così spetta anche ad essi di prevalersi dell'indegnità.

2726. L'azione de' figli per la riduzione dei vantaggi fatti al coniuge del secondo matrimonio si apre soltanto dopo la morte del disponente(15), ed i figli del primo letto non vi pos-

(1) V. art. 1496 e 1587 del Codice Napoleone (*), ed il nostro *Contrat. di matrimonio*, n.i 2208 e seg.
(2) N.i 2219 e seg. V. l'art. 1496 e 1527.
(3) N. 2224.
(4) N. 2226.
(5) N. 2227.
(6) N.i 2228, 2229.
(7) N. 2223.
(8) N. 915.
(9) *Contra*. Toullier, t. 5, n. 880. Duranton, t. 9, n. 818. Zachariae, t. 5, p. 227, § 609, nota 34, ecc.

(*) Il primo di questi articoli non è riprodotto nelle nostre leggi civili, e il secondo dev'essere errato nella citazione. *Il trad.*

(10) Brodeau su Louet, lett. N, somm. 3, n. 20, 21. Voët, de *Ritu nupt.*, n. 111 e 112. *Auten. haeres* sul § 1, L. 5, e § *Extantes* della legge *Hac edictali*, C. *de secund. nuptiis*. *Sopra*, n.i 741, 745.
(11) Ricard, n. 1301 e seg. De Renusson, *della com.* p. 4, cap. 3, n. 80. Pothier, *loc. cit.*, n. 568.
(12) Pothier, *loc. cit.*, n. 558. *Contra*, Toullier, t. 5, n. 880. Duranton, t. 9, n. 818. Delvincourt, t. 2, pagina 440, ediz. del 1834. Coin Delisle su 1078, n. 7. Zachariae, § 690, t. V, p. 227, nota 34.
(13) Merlin. Repert., v° *Seconde nozze*, p. 578, n. 7. Zachariae, § 690, p. 227, *in fine*.
(14) V. *Sopra*, n. 795 e n. 2703.
(15) Il mio Coment. del *Contrat. di matrimonio*, numero 2221.

sono rinunziare anticipatamente, tuttochè per questa rinunzia sarebbero riputati di avere obbedito ad una violenza esercitata in frode della legge (1). Così un figlio, che in vita di sua madre avesse approvata la donazione, da costei fatta ad un secondo marito, e si fosse espressamente obbligato a non contravvenirvi giammai, neppure nel caso, in cui eccedesse quello, che la legge permette di donare, non sarebbe meno ammessibile dopo la morte della donante ad agire per la riduzione di questa donazione.

Siegue da ciò, che quando pure la vedova non si fosse rimaritata, che per obbedire alle ultime volontà del suo predefunto coniuge, e col consenso de' figli del primo letto, questi ultimi sarebbero ammessibili a dimandare la riduzione. Da una parte il defunto non ha potuto rimettere una pena, introdotta unicamente a favore de' figli e non a suo favore; dall'altra parte i figli nel consentire al secondo matrimonio, non sono necessariamente riputati di avere tolto le restrizioni di capacità, che ne sono la conseguenza; per ultimo eglino rinunzierebbero ad un dritto non aperto su di una successione futura (2).

Ma se i figli non hanno azione da esercitare, o alla quale possano rinunziare, che dopo la morte del loro autore, possono per lo meno in sua vita fare degli atti conservatori. Per esempio se i coniugi si sono fatti separare di beni, la separazione non apre il dritto di riduzione a favore de' figli, ma eglino possono intervenire nella liquidazione per vegliare, onde le prelazioni del coniuge non siano stabilite in un modo pregiudizievole a' loro interessi (3).

2727. Siccome la porzione disponibile a favore del secondo matrimonio è sovente meno larga della porzione disponibile a favore di un estraneo, la differenza, ch'esiste tra la porzione disponibile ordinaria e la porzione disponibile delle seconde nozze, rientra per la via della riduzione nelle mani de' figli per aggiungersi alla loro riserva. Questo è un benefizio, che loro è personale, ed in quanto agli estranei gratificati dal defunto, si regola la misura delle liberalità, che loro sono fatte, assolutamente come se il secondo coniuge fosse stato un donatario o legatario ordinario.

Prendiamo un esempio a fine di rendere la regola più facile a comprendersi:

Tizio padre di sei figli, dona ad una seconda sposa per contratto di matrimonio un immobile del valore di 42,000 franchi. Muore, lasciando una successione valutata 84,000 franchi ed un legatario universale di tutti i suoi beni.

Il quarto disponibile secondo l'art. 913 è di 21,000 franchi; la riserva è di 63,000 franchi, che divisi fra' sei figli, danno 10,500 fr. per ciascuno di loro. A tale misura il coniuge donatario dev'essere ridotto. Questo coniuge subisce prima una riduzione da 42,000 franchi a 21,000 franchi conformemente al dritto comune; inoltre sarà ridotto in virtù dell'art. 1098 da' 21,000 fr. a' 10,500 fr. Ora li 10,500 fr., tolti al coniuge con questa seconda riduzione, sono attribuiti a' figli senza potere servire al pagamento del legato universale. Altrimenti sarebbe il legatario universale quello, che profitterebbe della situazione eccezionale fatta dall'art. 1098 al secondo coniuge, mentre unicamente a causa de' figli la legge non ha voluto, che la donazione fatta a questo secondo coniuge fosse tanto estesa, quanto il dono fatto ad un estraneo. Di che il legatario potrebbe dolersi? Viene trattato secondo il dritto comune, e si opera relativamente a lui, come se il donatario fosse un estraneo, e lo è in effetti ne' suoi rapporti particolari con lui. Se questo donatario è fuori del dritto comune, è solamente nell'interesse de' figli, per lo che è mestieri, che questi soli profittino della riduzione. Supponiamo, che la donazione fosse stata fatta ad un terzo; essa avrebbe valuto per 21,000 franchi, vale a dire per tutta la porzione disponibile; essa avrebbe assorbita questa quantità, e il legatario universale non avrebbe avuto nulla da reclamare. La posizione di quest'ultimo non deve cambiare per avere la legge ordinata la riduzione di questa donazione, percioecchè tale riduzione ha soltanto per obietto il favore dei figli del primo letto, ed affatto i legatari, i creditori, gli estranei alla famiglia.

Questa ragione data dal presidente Fabro (4), ci sembra decisiva; essa risponde a tutte le obiezioni e toglie tutti i dubbi. Come benissimo dice Voet, la riduzione è una soddisfazione data a' figli del primo letto, e non dev'estendersi a de' terzi: « *Haec secundarum nuptiarum poe-* « *na tantum in liberorum primi thori utili-* « *tatem ac solatium est promulgata* (5) ».

Questo era pure il punto di veduta di Ricard, quando diceva: « Risulta da che i figli non « prendono in qualità di eredi la riduzione in-

(1) Pothier, *Contrat. di matri.*, n. 571.

(2) Perezio, C. *de secun. nuptii.*, n. 20. Voët, *de Ritu nuptiar.*, n. 138. *Contra* Fabro, C. *de secundis nuptiis*, def. 5.

(3) V. il mio Com. del *Contrat. di matrim.*, 1. 3, n. 2220. *Sopra*, n. 935. Riom, 9 agosto 1843 (Devill., 44, 2, 15).

(4) C. *de secun. nupt.*, def. 11. L' illustre presidente del Senato di Champery dimanda, se i creditori potranno profittare della riduzione fatta sulla donazione tra vivi fatta ad una seconda moglie. Egli decide la negativa per la seguente ragione. *Et quidem posteriores creditores illud repellit, quod si liberorum favor non obstaret, totius donationis emolumentum donatarius retineret, ut proinde nihil eorum interesse videatur.* » *Aggiungi.* Voët *de Ritu nup.*, n. 113.

(5) *De Ritu nupt.*, n. 112.

Digitized by Google

« trodotta a loro favore dall'editto delle seconde « nozze, che ancorchè la riduzione, che appar- « tiene a' figli in virtù dell'editto, sia loro defe- « rita a titolo lucrativo, e che i beni, che ne « provengono, abbiano fatto parte di quelli del « loro padre o della loro madre, non può non- « dimeno venire imputato nella loro legittima, « la quale dev' essere completata con altri be- « ni, tantochè il profitto di questa riduzione « è dato loro a titolo particolare; ed è vero di « dire, che non lo ricevono dalla liberalità del « loro padre o della loro madre, ma dal solo « beneficio della legge, che non è un titolo, « che possa servire a compiere la legittima, « che dev'essere composta delle disposizioni « gratuite, che il padre ha fatto a favore dei « suoi figli, o di quello, di cui essi profittano « in conseguenza della sua successione (1) ».

2728. Che se invece di una donazione tra vivi è stato fatto un legato al coniuge del secondo letto, si prenderanno per guide le medesime idee.

Supponiamo, che Tizio, avendo dieci figli di un primo matrimonio, prenda Mevia per seconda moglie. (Che ci si permetta questa ipotesi poco verosimile per meglio mettere in luce i nostri calcoli). Questo individuo ha 80 000 franchi di patrimonio. Egli fa un testamento, col quale lega 40,000 franchi alla sua sposa, ed instituisce Mevio suo legatario universale.

La porzione, di cui Tizio poteva disporre era di 20,000 franchi. Ora ha disposto per testamento di 40,000; dunque le liberalità dovranno essere proporzionalmente ridotte sino a 20,000 franchi. Quindi 60,000 franchi saranno attribuiti a' figli per compiere la loro riserva. I legati saranno ridotti, ciascuno, a diecimila franchi.

Ma Mevia per ragione della sua qualità di donna maritata non può ricevere, che una porzione di figlio, che prende il meno. Epperò il suo legato dovrà subire una nuova riduzione, ed essere ristretto a 6000 franchi, porzione di ciascuno de' figli nella riserva.

Mevio, ch'è legatario universale non potrebbe pretendere, che i 4,000 franchi dedotti da Mevia siano imputati nella riserva. Non bisogna, che per numerare il suo legato, egli si serva del disfavore del secondo coniuge. Senza i figli questo secondo coniuge avrebbe potuto raccogliere i 10,000 franchi. Epperò i figli e non Mevio debbono profittare de' 4,000 fr.

2729. È vero, che abbiamo veduto più sopra (2), che quando un coniuge dona alla sua futura per contratto di matrimonio più di quello, di cui è permesso di disporre per l'art. 1094, la riduzione serve a soddisfare ne' limiti della quota disponibile le liberalità ulteriori fatte a de' terzi dal donante.

Ma tra questo caso ed il nostro la differenza è considerevole.

Colui, che nel maritarsi una prima volta eccede in favore del suo coniuge la quota disponibile, non fa, che obbedire ad un sentimento di affezione, che ha una causa legittima. Egli non conosce ancora, che una sola amicizia, e vi si abbandona con confidenza, non sapendo quali altri obietti di tenerezza il matrimonio potrà riserbargli più tardi. Ma la legge, che dev'essere più previdente dell'uomo, veglia per lui, e permette, che la donazione, che non aveva nulla di esagerato nel suo principio, sia nulladimeno ridotta *ex post facto*, a fine di rendere al disponente una libertà, che gli è ormai necessaria, come padre di famiglia, armato di un dritto di coercizione, e gravato di dotare, mantenere, e ricompensare i suoi figli. La riduzione in tal caso è così nell'interesse del padre come in quello de' figli, essendo una specie di restituzione in intiero, che lo reintegra nella sua libertà alienata, e che risulta dalle nuove circostanze, nelle quali la famiglia si trova messa. Ma quando si tratta di colui, ch'è passato a seconde nozze, e fa una liberalità eccessiva in detrimento de' figli, che aveva da un primo matrimonio, il legislatore è inspirato da sentimenti molto differenti. Egli non eleva la voce per proteggere il coniuge contra sè stesso, nè egli si occupa più, se non dell'interesse de' figli del primo letto. Tutto quanto toglie al coniuge del secondo matrimonio non lo restituirà, come nel caso precedente, al donante. Il che sarebbe piuttosto ricompensarlo, che punirlo di avere obliato il proprio sangue. Lo deferirà forse a dei legatari estranei, che non altro titolo hanno da invocare, se non il dritto del loro autore? Anche con ciò si mancherebbe allo scopo. La riduzione dunque profitterà esclusivamente a' figli del donante; e precisamente perchè sono stati scientemente obliati e sconosciuti il coniuge colpevole di tale oblio avrà per punizione di arricchirli di quello, di cui aveva voluto impoverirli (a).

2730. Non avverrebbe diversamente, se non quando il donante invece di avere voluto frustrare i figli del primo letto, per il contrario avesse inteso di contenersi ne' limiti della legge, dichiarando, che la sua donazione sarebbe

(1) *Donat.*, 3. part., n. 1312. Lebrun, *Success.*, lib. 2, cap. 6, sez. 1, dist. 3, n. 3. Pothier, *Cout. d'Orl.*, int. art. 15. Sez., 5, § 4. n. 80. Merlin, *Repert.*, v° *Nozze (seconde)*, sez. VII, art. 4, n. 8.

(2) N.i 2585 e seg.

(a) Osserviamo, che l'oblio, che la legge punisce, lo ricava dalla donazione e non dalle seconde nozze. Se queste fossero state contratte senza donazione o senza eccedere la misura della legge, non si sarebbe incorso in veruna punizione. Ora la donazione col diminuire il patrimonio del donante, nuoce a' figli del primo e del secondo letto. Epperò la restituzione deve avvenire a favore di tutti. *Il trad.*

ridotta alla misura di una parte di figlio, che prende il meno, se nel tempo della sua morte si trovasse di eccedere questo limite. Quando il donante impone così al suo donatario l'obbligazione di subire la riduzione legale, egli si sottomette alla legge, l'applica egli stesso, e riprende in qualche modo per disporne in favore de' terzi ciocchè ha donato di troppo al suo coniuge. Allora la riduzione non è diretta contra di lui, ma si fa per la sua volontà a profitto delle sue liberalità ulteriori (1).

Il che ha benissimo giudicato la corte di Grenoble con arresto de' 19 di maggio 1830 (2).

Il sig. Havet, sposando in seconde nozze la signorina Buchet, le donò per contratto di matrimonio l' usufrutto della metà de' suoi beni, specificando, che questa donazione sarebbe riducibile, in caso di sopravvenienza di figli del secondo letto, ad una quota di figlio legittimo, che prendesse meno (3). Egli aveva un figlio del primo matrimonio, e cinque nacquero dal secondo. Egli legò a questi ultimi il quarto de' suoi beni in nuda proprietà.

Il figlio del primo letto sostenne, essere tale legato caduco, perchè la quota disponibile era esaurita dalla donazione anteriore fatta al secondo coniuge, e dippiù, che questa donazione doveva essere ridotta ad una quota di figlio, cioè ad un settimo.

Gli si rispondeva: nell'intenzione di Havet la donazione era subordinata al numero de' figli. Segue da ciò, che la liberalità si trova ridotta non dalla legge e dall'art. 921 del codice Napoleone, ma per l'effetto della stessa volontà del donante.

Su di che la corte rigettò la pretenzione del figlio del primo letto.

Questa decisione è ben renduta. Solamente la corte avrebbe dovuto fare spiccare di vantaggio la ragione speciale di decidere, che abbiamo noi indicata, e che il difensore de' figli del secondo letto aveva preso per uno de' suoi sostegni.

2731. L'azione di riduzione esercitata da' figli del primo letto, incontra spesso innanzi a se la quistione decisa dall'art. 917 del codice Napoleone, quistione, che sorge, quando il dono fatto al secondo coniuge consiste in uno usufrutto, come l'abbiamo veduto nella specie messo nel numero precedente. In altri termini questo dono dell' usufrutto mette i riservatari nella necessità o di eseguire il dono integralmente, o di abbandonare la porzione disponibile, vale a dire la parte di figlio, che prende meno, in piena proprietà, conformente all'articolo 917 (a)?

L' obiezione viene dall' avere noi deciso, essere l' art. 917 inapplicabile al dono di usufrutto fatto al primo coniuge in virtù dell' art. 1094 del codice Napoleone (4). Ma noi non troviamo qui le stesse ragioni di decidere.

Ed in effetti l' art. 1094 (b) dà una misura speciale, che si adatta alle liberalità in usufrutto. Al contrario l' art. 1098 fissa soltanto una misura in piena proprietà. Se dunque nel caso di questo articolo la donazione è stata fatta in usufrutto, come ricondurla ai limiti legali, che si pretende di essere stati oltrepassati, se non per mezzo di estimi incerti e di dispendiose procedure, che l'art. 917 ha voluto prevenire? Adunque questo articolo 917 offre il mezzo di uscire d' imbarazzo, e tutto comanda di farne l' applicazione (5).

Del resto questo è quello, che ha giudicato la corte di cassazione con arresto del 1 di aprile 1844.

Un sig. Cunin, avendo un figlio di un primo matrimonio, legò alla sua seconda moglie l'usufrutto, tal quale la legge gli permetteva di donarle, dei beni, che lascerebbe nel dì della sua morte.

La signora Cunin dimandò il rilascio di questo legato e l' usufrutto della metà della successione, fondandosi su che l' usufrutto della metà dei beni rappresentava quale valore il quarto dei beni in piena proprietà. Questa signora inoltre lasciava al figlio del primo letto l' ozione di abbandonarle, se meglio gli sembrava, il quarto in piena proprietà.

Il figlio sosteneva per il contrario, che la liberalità fatta non poteva eccedere l'usufrutto del quarto dei beni.

La corte di Metz avendo pienamente ammesso con arresto dei 30 di novembre 1842 il sistema presentato dalla signora Cunin, il ricorso contro la decisione fu rigettato col precitato arresto: « attesochè in dritto ai termini « dell' art. 1098 del codice civile il sopravvi- « vente dei coniugi, passando a seconde nozze, « può donare al suo nuovo coniuge il quarto « dei suoi beni in piena proprietà; attesochè « in fatto, Cunin col suo testamento ha donato « alla sua seconda moglie l'usufrutto della sua « fortuna, tal quale l'arresto gli permetteva di « donarle; attesochè la legge interpretando « questo atto, ha riconosciuto, che il testatore

(1) *Sopra*, n. 2587.

(2) Devill., 9, 2, 414. *Palazzo*, t. 23, p. 489.

(3) Questa clausola risulta dall'arresto, dalla discussione, e dalla notizia.

(a) Leggi civili art. 833. *Il trad.*

(4) *Sopra*, n. 2571.

(b) Quest' articolo manca nelle nostre leggi civili. *Il trad.*

(5) Il sig. Vazeille, art. 1098, n. 18. Angelot su Grenier, t. IV, p. 44?, nota A.

« aveva voluto donare a sua moglie l'usufrutto « della metà dei beni, e lo ha a lei accordato, « ma lasciando agli eredi la facoltà di rilasciare « solamente il quarto in piena proprietà, se lo « preferissero: attesochè mercè questa ozione « gli eredi potendo unicamente rilasciare quel« lo, di cui il loro autore aveva la libera dispo« sizione, sono senza dritto e senza interesse « di criticare l'arresto (1) ecc. ».

2732. Tuttavia l'ozione potrebbe essere ricusata, se risultasse dalle circostanze, non avere avuto affatto il donante l'intenzione di donare in piena proprietà, e che ha voluto donare solamente in usufrutto; il che si può inferire da un' arresto della corte di Poitiers dei 27 di maggio 1851, che mi sembra tutto affatto dominata da questo punto di fatto (2).

2733. Da tutto quanto precede risulta, che l'azione di riduzione, che deriva dalle disposizioni delle leggi sulle seconde nozze, non è un' azione di petizione di eredità (3). Pothier la qualifica di *condictio ex lege;* essa è personale-reale. Può essere diretta contro i terzi possessori, ai quali il coniuge donatario avesse fatto passare gl'immobili donati. I beni tolti al donatario o ai suoi aventi causa, ritornano ai figli del donante senza alcun peso, ipoteca, o servitù che il donatario o i suoi aventi causa vi avessero imposto. Non avendo che un dritto risolubile, non hanno potuto conferire a veruno uno smembramento di proprietà più durevole della loro stessa proprietà (4).

2734. L'azione di riduzione passa agli eredi diretti, collaterali, o testamentari dei figli, purchè questi figli siano sopravvivuti al loro padre o alla loro madre (5). Essa può essere esercitata dai creditori di un figlio in nome del loro debitore.

2735. Circa l'estimo da farsi dei beni per determinare la quota disponibile dell'art. 1098, bisogna seguire tutte le regole, che abbiamo tracciate per la determinazione della quota disponibile ordinaria (6).

2736. Dopo tutto quello, che abbiamo detto si può fare una giusta idea della natura della donazione di una quota di figlio. Questa donazione ha per obietto una porzione di beni, che il donante lascerà nella sua morte. Essa è una donazione parziale di successione, e somiglia molto ad una instituzione contrattuale. Così sogetta il donatario a pagare una parte dei debiti del defunto. Nulladimeno siccome la qualità di erede non gli è data espressamente, Pothier (7) ne conchiude, non essere il donatario tenuto di questi debiti, che *intra vires emolumenti*, e che può discaricarsene con un abbandono dei beni. Ma noi non vediamo differenza tra una instituzione contrattuale e la donazione di una parte di figlio, che si versa solamente sui beni, che il disponente lascerà in tempo della sua morte.

Noi dunque crediamo, che il coniuge donatario, che ha accettato dopo la morte del donante, è tenuto indefinitamente della sua quota nei debiti del suo autore, a meno chè non abbia avuto cura di accettare col beneficio dell'inventario.

2737. E poichè tale è il carattere della donazione di una parte di figlio, ne segue, che se il donatario muore prima del donante, la disposizione è caduca (8).

2738. Renusson traeva un'altra conseguenza dall'assimilazione di una donazione di parte di figlio ad una instituzione contrattuale, cioè, che i figli nati dal nuovo matrimonio erano tacitamente e volgarmente sostituiti al coniuge chiamato a raccogliere una parte di figlio (9). Ma questa opinione, dubbia nel dritto antico (10), non vale oulla sotto il codice Napoleone. L'articolo 1093 (a) non permette nè di sottintendere nè di esprimere una sostituzione volgare a favore dei figli da nascere in una istituzione contrattuale tra coniugi (11); e quando si tratta di un secondo matrimonio, vi è una ragione dippiù da decidere così, ed è, che la sostituzione nuocerebbe ai figli del primo letto, che la legge vuole prima di tutto proteggere. Per lo contrario la caducità farà rientrare sovente i beni nella successione del coniuge rimaritato, ed i figli del primo letto ne avranno la loro parte (12).

È vero, che l'art. 1093 non parla, che del caso, in cui la donazione è stata fatta per contratto di matrimonio; ma vi sono le stesse ragioni di decidere, quando essa è fatta durante il matrimonio. Per regola le donazioni fatte allo sposo sono puramente personali. I figli restano fuori delle previsioni del donante, che sa, che ritroveranno nella sua successione i beni, che vi ritorneranno.

(1) Arresto, cam. de' ricorsi, 1° aprile 1844 (Devillenouve 44, 1, 844).
(2) Devill., 52, 2, 1. *Aggiungi* Amiens, 15 feb. 1822 (Devill., 7, 2, 25).
(3) *Sopra*, n.i 2724 e 2727.
(4) Pothier, *Contratto di matrimonio*, n. 167.
(5) Fabro, C. lib. 5, tit. de *Secundis nuptiis, defin.*, 3, n. 7.
(6) N. 913 e seg.
(7) *Contratto di matrimonio*, n. 594.
(8) Arresto de' 13 di aprile 1688, *j delle udienze*, alla sua data. Pothier, *Contrat. di matrimonio*, n. 595. Lebrun, lib. 2, cap. 6, dist. 3, n. 25. Renusson, *della Comunione*, p. 4, cap. 3, n. 72 Grenier, t. IV, n. 684. Zachariae, t. V, p. 232.
(9) *Loc. cit.*, n. 73.
(10) Pothier, *loc. cit.*, n. 596.
(a) Leggi civili art. 1048 *Il trad.*
(11) V. *sopra*, n. 2338.
(12) Toullier, t. V, n. 890. Duranton, t. IX, n. 827. Zachariae, t. V, p. 232, nota 42. Ancelot su Grenier, t. IV, p. 377, nota 6. *Contra*, Grenier, t. IV, n. 684.
Toullier, decide a torto, secondo noi, che una sostituzione espressa a favore de' figli sarebbe valida; abbiamo confutato quest' errore *sopra*, n. 2339.

ARTICOLO 1099 — (1053)

I coniugi non possono donarsi indirettamente al di là di quello, che loro è permesso dalle precedenti disposizioni.

Ogni donazione o nascosta o fatta a persone interposte sarà nulla.

ARTICOLO 1100 — (1054)

Saranno riputate fatte a persone interposte le donazioni di uno de' coniugi a' figli o ad uno de' figli dell' altro coniuge nati da altro matrimonio, e quelle fatte dal donante a' parenti, di cui l' altro coniuge fosse erede presuntivo nel giorno della donazione, ancorchè quest' ultimo non sia sopravvivuto al suo parente donatario (a).

SOMMARIO

2739. Analisi degli articoli 1099 e 1100.
2740. Loro origine e loro latitudine di applicazione.
2741. Questi articoli si riferiscono all' art. 1096, o ne sanzionano la disposizione.
2742. Della distinzione tra le donazioni indirette e le donazioni occulte per l' applicazione dell' articolo 1099.
2743. Obiezioni contra questa distinzione. — Confutazione.
2744. I nostri articoli sono applicabili solamente quando il vantaggio simulato è eccessivo.
2745. Chi può invocare la nullità dell' art. 1099?
2746. Se la donazione occulta contravviene soltanto agli articoli 1094 o 1098, l' azione non appartiene al donante, ma unicamente ai suoi eredi riservatari.
2747. I creditori del donante non possono intentarla.
2748. I legittimari non possono agire, che dopo la morte del donante, tranne che per fare degli atti conservatori.
2749. Se la donazione occulta è stata fatta durante il matrimonio, il donante ha l' azione di nullità.
2750. Quest' azione non passa agli eredi non riservatari.
2751. Ma gli eredi riservatari possono esercitarla, se la donazione lede i loro dritti.
2752. Della presunzione legale d' interposizione di persone.
2753. Senso della parola « figlio ».
2754. Il figlio naturale dev' essere presunto persona interposta come il figlio legittimo.
2755. La presunzione non è applicabile, quando è impossibile, che il coniuge profitti della donazione.
2756. Ogni altra persona può essere interposta. — Ma bisogna provare l' interposizione.

COMENTARIO

2739. Il legislatore dopo di avere racchiuso in saggi limiti le liberalità tra coniugi, doveva pensare ai modi, pei quali si cercherebbe di eludere le sue proibizioni, ed adoprarsi di prevenire o di reprimere la frode. Questo ha fatto negli articoli 1099 e 1100.

Il primo di questi articoli prevede e regola tre casi; quello, nel quale per ingannare la vigilanza della legge i coniugi si sono fatti una donazione indiretta, quello, in cui si sono fatti una donazione occultata sotto la forma di un contratto a titolo oneroso, e quello, in cui si sono fatti una donazione per persone interposte.

Il secondo articolo si pronunzia sulle presunzioni legali d'interposizione.

2740. Gli articoli 1099 e 1100 prendono la loro più diretta sorgente nella legge *Hac edictali* C., *de secund. nupt.* (1), e nell'editto delle seconde nozze del 1569 (2), che conteneva contra l'occultamento e l'interposizione delle persone delle disposizioni, sulle quali le nostre sono calcate.

Ma non bisogna credere, che gli art. 1099 e 1100 si riferiscano unicamente all'art. 1098. Essi sono la sanzione così dell'art. 1094 come dall'art. 1098. Dapoichè nel caso dell'art. 1094 vi sono pure delle restrizioni, che i coniugi hanno interesse di eludere, ed il legislatore non doveva rimanere disarmato. Il testo dell'articolo 1099 parla chiaramente a tal riguardo(3).

2741. Non è meno certo, che i nostri due articoli si legano come sanzione penale all'articolo 1096, che dichiara rivocabili le donazioni fatte tra coniugi pendente il matrimonio. La frode può avere qui un doppio obietto; na-

(a) Corrispondono e sono uniformi a questi due articoli gli articoli 1053 e 1054 delle Leggi civili. *Il trad.*

(1)... *..Omni circumscriptione, si qua per interpositam personam, vel alio quocumque modo fuerit excogitata, cessante. Princip. in fine.*

(2) « Le vedove con figli... se passano a nuove nozze, non possono...., in qualunque modo ciò sia, donare i loro beni a'loro nuovi mariti, padre, madre, o figli de' detti mariti, o altre persona che si possa presumere essere per dolo o per frode interposte, pinecchè all' uno de' loro figli ».

(3) *Aggiungi* Delvincourt, t. II, p. 112. Duranton, t. IX, n. 828. Dalloz, cap 12, sez. 4, art. 3, n.i 1 e 2, Coin-Delisle, n. 2. su' nostri articoli. Zachariae, t. V, p. 207. nota 10, ediz. de' signori Aubry e Rau.

scondere la donazione ed intralciare la facoltà di rivocazione accordata al donante; epperò bisogna colpirlo co' mezzi organizzati dagli articoli 1099 e 1100.

Diciamo dall'art. 1100; ed in effetti se uno dei coniugi fa una donazione al suo coniuge pendente il matrimonio, volendo servirsi del mezzo dell'interposizione di persona, si giudicherà dell'interposizione per la presunzione dell'art. 1100. Vi erano delle presunzioni d'interposizione di persone nel dritto antico (1), e Plutarco ne fa sentire la necessità (2). Il codice sarebbe stato imprevidente, se non avesse portato su questo punto la sua vigilante attenzione.

Diciamo l'art. 1099; non è già, che il donante abbia bisogno di quest'articolo, dapoichè essendo stata restituita all'atto la qual tà di donazione tra coniugi, il donante rientra nel dritto di rivocazione, di cui si era spogliato, prendendo il giro di gratificare un terzo, e con la sua azione di rivocazione perviene ad un risultamento, che equivale alla nullità pronunziata dall'art. 1099.

Ma in quello, che concerne i riservatari, i di cui dritti sono stati lesi dalla donazione occulta ed eccessiva, l'art. 1099 è un *palladium* indispensabile (3), perocchè è d'uopo, ch'essi possano fare crollare con l'azione di nullità una donazione, che ha avuto il doppio torto di mancare di sincerità e di ledere i loro dritti.

Ciò premesso citiamo il seguente arresto, che stabilirà chiaramente la correlazione dell' articolo 1100 con l' art. 1096.

La signora Eudeline aveva fatto nel 1820 e 1823 donazione di due immobili alla minore Gabriella Eudeline, figlia di suo marito, ma del primo letto.

Questa signora non aveva nè ascendenti nè discendenti.

Più tardi essendo stata pronunziata la separazione personale, la signora Eudeline ha dimandato la nullità delle donazioni, da lei fatta alla minore Gabriella. Dopo di avere trionfato in prima istanza, ella perdè innanzi la corte di Rouen, che con arresto dei 23 di febbraro 1831, ricusò di applicare la presunzione d'interposizione di persona, pronunziata dall'articolo 1100.

Ma questo arresto è stato cassato con arresto degli 11 di novembre 1834.

« Attesochè l'art. 1096 codice civile, porta, « che tutte le donazioni fatte tra coniugi pen- « dente il matrimonio, qualunque qualificate « tra vivi, saranno sempre rivocabili; attesochè « queste disposizioni trovansi naturalmente la « loro sanzione nella seconda parte dell' arti- « colo 1099 e nell' articolo 1100, che termi- « nano il capitolo 9, titolo 2, lib 3, cod. civ. « nel quale si trovano messe; attesochè segue « da ciò, che pendente il matrimonio, i figli « nati da un altro letto di uno dei coniugi non « possono ricevere delle liberalità per dona- « zione tra vivi, perchè sono riputati persone « interposte relativamente al loro autore (4) ».

2742. Vediamo ora più da vicino quali sono le conseguenze, che l' articolo 1099 lega alle donazioni indirette ed alle donazioni occulte. Per ben comprenderle, bisogna fare una importantissima distinzione tra le prime e le seconde mazze. Si rimarrebbe grandemente ingannato, se si confondessero. L' articolo 1099 mette tra loro una marcata differenza.

Che cosa è una donazione indiretta? È quello, che facendosi in una maniera franca, aperta, si produce nulladimeno sotto una forma non solenne ed indiretta. Per esempio vi vende per 100.000 fr un immobile, che vale 200,000. Quest' atto è un miscuglio della vendita e della donazione, e costituisce una vendita grave;solamente per trattare favorevolmente l'acquirente, il venditore gli trasmette la cosa per un prezzo inferiore al valore reale. Con ciò aggiunge alla vendita l'elemento di una donazione, e questa donazione è indiretta, perchè invece di assumere le forme dirette, che veste la donazione solenne, perviene al suo scopo per la via indiretta della vendita (5).

Del pari colui, che fa un dono reciproco(6); colui, che rimette al suo debitore gratuitamente il titolo dell' obbligazione (7); colui, che rinunzia ad una successione, onde un altro chiamato in sua mancanza, ne profitti, colui, che si rende fideiussore altrui senza intenzione di ripetere quello, che si esigerà da lui (8); colui, che paga il debito di un altro, senza intenzione di ripetere la somma; colui, che stipula un lucro per altri in occasione di un contratto oneroso, che fa per sè stesso; (9) tutte queste persone procurano un vantaggio senza coprirlo di un velo menzognero. L operazione è sincera; esso è in appa enza quella, che è in realità.

Ma quando la donazione è stata occulta sotto il colore di un contratto oneroso, o fatto per mezzo di persona interposta, e ciò ad oggetto di ledere la riserva di un erede, essa prende

(1) Borbonese art. 226. Auvergne. cap. 14, art. 28. Loyet e Brodeau, lett. D, somm. 17, n. 10. Pothier, *Donaz., tra marito e moglie*, n. 113.
(2) *Quistioni romane*, quist. 8.
(3) *Infra*, n.i 2746 e 2751.
(4) (*Palazzo*, 26, 996). Sul rinvio arresto conforme di Parigi, de' 14 agosto 1835 (*Palazzo*, 27, 556. Devill., 36, 2. 343).

(5) Pomponio, l. 5, § 3, D., *de Donat., inter vir et uxor*. V. l art. 1595 *in fine*.
(6) *Sopra*, n. 1041.
(7) *Sopra*, n. 1076.
(8) *Sopra*, n. 1080.
(9) *Sopra*, n. 1081.

il nome di donazione occulta, coperta di una veste mentitrice (1); essa inganna gli sguardi, e l'apparenza, nè risponda alla realità: *Aliud scriptum, aliud gestum.*

Segue da ciò, che ogni donazione occulta può ben meritare il titolo di donazione indiretta, ma non ogni donazione indiretta è una donazione occulta.

Ora quando la donazione è semplicemente indiretta senza occultamento, l'art. 1099 si limita a colpirla con la riduzione. Ma quando la donazione è occulta, essa non è solamente riducibile,ma è colpita da una nullità radicale e totale.

Tal è la disposizione del secondo comma dell'art. 1099.

La ragione di questa differenza viene da che la donazione indiretta, essendo spogliata da ogni pensiero di frode della legge, non deve essere trattata con una severità eccezionale; mentre invece la donazione occulta è un atto di dissimulazione, che deve essere punito, ed è d'uopo colpirlo come una trappola tesa alla buona fede.

2743. Malgrado tale spiegazione ha incontrato tra' magistrati molti buoni ingegni, che con pena si piegano alla sua autorità. Eglino trovano, che si allontana dalla legge romana e dall'editto del 1560, il quale si contentava di ridurre la donazione occulta invece di dichiararla nulla (2), e che quadra molto male col sistema del codice Napoleone, meno severo in generale dei due precedenti (3). La distinzione tra le donazioni indirette e le donazioni occulte o fatte per persone interposte, non è forse troppo sottile? E perchè d'altronde darle qui tanta importanza, quando non ne ha alcuna nelle donazioni eccessive fatte sotto forma occulta a degli estranei? Il coniuge deve meritare maggiore sfavore dei terzi?

E poi i due paragrafi dell'articolo 1099 non possono forse conciliarsi? Non basta di colpire di nullità quella, che è stato donato al di là della quota disponibile senza colpire la donazione per intiera?

Ma queste obiezioni debbono svanire innanzi il testo della legge ed anche innanzi le ragioni, che abbiamo dato. Sotto l'antico dritto si era già fatta la distinzione (che si qualifica di sottile) tra le donazioni occulte e le donazioni indirette (4), e da là l'art. 1099 l'ha presa in prestito. Essa è sottile solamente per coloro, che si fermano alla superficie, e non penetrano nel fondo delle varietà, che abbiamo indicato. Nè si stupisca del resto di vedere il coniuge più duramente trattato dell'estraneo, perchè la frode essendo più frequente, più facile, e più pericolosa fra coniugi, bisognava attaccarla con mezzi più radicali. Ed è perciò, che con l'art. 1595 (a) il legislatore, temendo delle liberalità occultate dai coniugi sotto colore della vendita, taglia corto a questo pericolo, dichiarando la vendita nulla e come intervenuta tra persone incapaci. A dei pericoli prossimi e gravi occorrono dei rimedi estremi.

Del resto tal è l'opinione dominante (5), e si fortifica con la giurisprudenza della corte di cassazione attestata dagli arresti dei 30 di novembre 1831 (6) 29 di maggio 1838 (7), e 2 di maggio 1855 (8). Vi si può aggiungere un arresto della corte imperiale di Parigi dei 28 di marzo 1851 renduto sotto la mia presidenza, che segna in una specie interessante la differenza esistente tra la donazione indiretta e la donazione occulta (9).

2744. Ma rimarchiamo bene, che la legge non presume la frode, e non pronunzia la nullità, se non quando il vantaggio simulato è eccessivo. Perciocchè solamente allora l'occultamento prende il colore di una trappola, e diviene un imbarazzo. Ma quando la donazione non è eccessiva, avviene diversamente. Poco importa al legislatore, che il donante abbia presa una via indiretta ed occulta per pervenire ad una liberalità, che poteva fare direttamente e senza raggiro. La forma è allora indifferente, ed essa non potrebbe assorbire il fondo. D'altronde si sa, che le donazioni occulte non hanno nulla per sè stesse, che le renda sfavorevoli o invalide, quando non hanno per iscopo di frodare la riserva (10).

Sentiamo d'altronde l'arresto seguente renduto dalla corte di cassazione il 7 di febbraro 1849:

« Attesochè dopo di avere fissato con l'ar-« ticolo 1098 codice civile la porzione dei suoi

(1) L. 5, § 5, D. *de Donat., inter vir. et uxor.: venditionem commentus sit ut donaret.*

(2) V. Cujacio sulla legge *Hac edictali, in fine, Recit. solem., in tit. Cod. de secun. nup.* ed il testo dell'editto citato *sopra*, n. 2740.

(3) V. *sopra*, n. 2698.

(4) Pothier, *Donaz. tra marito e moglie*, n. 78, secondo la legge 5, § 5, D., *de Donat., inter vir. et ux.* V. pure Roussilhe, *trattato della dote*, t. II, n. 539, che considera come nulla assolutamente e non solamente riducibile una donazione fatta ad un secondo coniuge mediante una ricognizione di dote.

(a) Leggi civili art. 1440. *Il trad.*

(5) Grenier, n. 691, t. 4, p. 382, ediz. di B. Mouillard. Delvincourt, t. II, nota 8 della pag. 113 e nota 1 della pag. 60. Toullier, t. V, n. 901. Dalloz maggiore *Disposiz., tra vivi e testam.*, 6, 294, n. 3. Favart, v° *Vant. indir.* Zachariae, t. V, p. 222, nota 23, ediz., de' signori Aubry, e Rau.

(6) Devill., 32, 1, 134.

(7) Devill., 38, 1, 481.

(8) Renduto sotto la mia presidenza; il sig. Renouard, relatore, e Vaisse avvocato generale. È ancora inedito. V. nello stesso senso Limoges 6 di luglio 1842 (Devill., 43, 2, 27). Caen, 6 gennaro 1845 (Devill., 45, 2, 393). Caen, 30 aprile 1853 (Devill., 53, 2, 699).

(9) *Gazzetta de' Tribunali* del 29 di marzo 1851.

(10) *Sopra*, n. 1082.

« beni, della quale un coniuge avendo figli di
« un primo letto può gratificare il suo secondo
« coniuge, il legislatore vieta con gli articoli
« seguenti le donazioni indirette, che eccedes
« sero questa parte, e pronunzia la nullità di
« quelle che fossero occulte o fatte per persone
« interposte;

« Attesochè segue da là, che quando una
« donazione fatta a persona interposta eccede
« la quota disponibile, essa è nulla e non sola-
« mente riducibile, ma che si avrebbe torto di
« conchiuderne, che la liberalità fatta ad un
« figlio del secondo letto nei limiti della quota
« disponibile fissata dall' art. 1098 precitato
« dovesse essere ugualmente annullato; chè in
« effetti è di regola, che le parti possono sce-
« gliere tra più mezzi di conseguire il loro
« scopo, quando questo scopo, è lecito in se
« stesso; che così l' interposizione di persona
« non è condannevole, nè può neppure es-
« sere supposta, se non quando ha coperta una
« frode alla legge ».

« Ed attesochè in fatto è stato riconosciuto
« con l' arresto impugnato, che il legato fatto
« da Ville d'Avray alla figlia della sua seconda
« moglie doveva essere preso sulla quota dispo
« nibile; che il testatore era pure rimasto per
« l' insieme delle sue disposizioni al di sotto
« dei limiti fissati dall' art. 1098 del cod. civ.;
« che da ciò segue, che nel dichiarare valido
« il detto legato, l' arresto attaccato si è con-
« formato ai principî, e non ha violato veruna
« legge (1) ecc. »

Da ciò si vede come il sistema dell'art. 1099 differisce dall'art. 1595 del codice Napoleone.

Nel caso di quest' ultimo articolo la vendita è nulla assolutamente, ancorchè non ecceda i limiti della porzione disponibile; il legislatore suppone tra le parti una incapacità di contrattare per mezzo della vendita. Ma nel sistema dell' art. 1099, e quando l'occultamento è praticato per ogni altra via di quella della vendita (per esempio per l' interposizione di persona) l' atto sussiste sinchè non lede le riserve legali.

2745. Ora bisogna vedere quali persone hanno il dritto d'invocare la nullità pronunziata dall' art. 1099 contra le donazioni occulte o fatte per persona interposte.

Da che l' azione di riduzione fa cadere la donazione invece di ridurla, si è conchiuso, essere essa assoluta ed appartenere ad ogni persona interessata nella nullità. Non potrebbe avanzarsi un errore maggiore. L' azione di nullità non è qui, che un aggravazione penale dell' azione di riduzione, ed appartiene soltanto a coloro, che possono intentare l' azione di riduzione e profittarne. È vero, che talvolta si dice, che la nullità pronunziata dal nostro articolo è assoluta, ma non le si dà questa qualificazione, che per opposizione alla riduzione; non è assoluta nel senso, che profitta a tutti.

Per rischiarar meglio questo punto bisogna collocarci in due ipotesi: la prima, che ha luogo, quando la donazione occulta contraviena agli articoli 1094 e 1098; la seconda, che ha luogo, quando la liberalità è fatta sotto un occultamento *constante matrimonio*.

2746. Nella prima ipotesi bisogna stabilire per regola generale, che l' azione di nullità non appartiene, che ai figli nell' interesse dei quali ha luogo la proibizione.

Movendo di là, il donante non è ammessibile ad intentare l'azione di nullità dei vantaggi eccessivi, che egli ha fatto sotto di un occultamento al suo coniuge (2).

Supponiamo, che per contratto di matrimonio abbia falsamente riconosciuto di avere ricevuto da sua moglie una considerevole dote. Questo coniuge, come abbiamo altrove detto (3), non è ammessibile ad attaccare questa donazione, neanche per causa di simulazione. Egli è legato da un atto, col quale era capace di spogliarsi. Se ha voluto nuocere ai suoi eredi riservatari, non spetta a lui di prevalersi del suo dolo. Egli non potrebbe dimandare la riduzione di una liberalità fatta direttamente; non può dunque neppure fare annullare una donazione fatta in una maniera indiretta; perocchè la nullità pronunziata dall' art. 1099 non è stata introdotta a suo favore (4).

Per completare questa dottrina credo di dovere citare un arresto della corte di Parigi, renduto sotto la mia presidenza nella specie seguente (5):

Madama vedova Legenès aveva cinque figli di un primo matrimonio, quando sposò il sig. Darnand Dulac, ufficiale di cavalleria. Benchè vi fosse tra i coniugi una grande ineguaglianza di fortuna, i coniugi non stipularono contratto di matrimonio, e si trovarono messi sotto il regime della comunione legale. Il marito morì poco dopo in Affrica. La sua vedova, da parte della quale provveniva tutta la sua fortuna, formò in tempo della liquidazione della comunione una dimanda di nullità del vantaggio indiretto, risultante dalla inesistenza del contratto e dalla confusione nella comunione del mobiliare inegualissimo dei due coniugi. Essa pretendeva pure, che la mancanza di un contratto di matrimonio era il risultamento della captazione, del dolo, e della frode.

Il tribunale di prima istanza accolse piena-

(1) (*Palazzo*, 49, 1, 213. Devill., 49, 1, 165). *Aggiungi* l'arresto de' 2 di maggio 1855, citato più sopra n. 2743, in nota.

(2) *Sopra*, n. 2729 ed il mio Com. del *Contratto di matrimonio*, n. 2219.

(3) Mio comen. del *Cont. di matrim.* t. III, n.i 2220 e 2221.

(4) Riom, 9 agosto 1843 (Devill., 44, 2, 15).

(5) *Gazzetta de' Tribunali*, del 30 marzo 1851.

Digitized by Google

mente la pretensione della signora Dornaud Dulac con sentenza dei 31 di agosto 1849, « attesochè il divieto dell'art. 1098, confermato dagli articoli 1496 e 1527, è stabilito « nell'interesse del coniuge del pari che io « quello dei suoi figli; che il coniuge donante « può dunque egli stesso reclamare la riduzio« ne... Attesochè inoltre l'art. 1099 del cod. « civ. vietando ai coniugi di donarsi indirettamente, pronunzia formalmente la nullità di « ogni donazione occulta; che è ora incontestabile, che avuto riguardo alla posizione ri« spettiva dei due coniugi Darnaud Dulac nel « momento del matrimonio, l'adozione della co« munione legale costituiva un vantaggio indi« retto a favore del marito; che in effetti costui « non possedeva nulla, mentre sua moglie pos« sedeva una fortuna considerevole, la metà « della quale si trovava così trasmessa nel ma« rito; attesochè è di regola, che l'azione di « nullità di una donazione appartiene al do« nante sopravvivente; che invano gli eredi « Darnaud Dulac pretenderebbero, invocando « le disposizioni dell'articolo 1527 del co« dice civile avere dritto per lo meno al sesto « dei beni esistenti nel giorno della morte del « loro autore; che in effetti la comunione legale « essendo un vantaggio occulto fatto in veduta « del matrimonio, questo vantaggio dev'esse« re riputato fatto a causa di morte; che inol« tre si è trovato senza effetto per la premo« rienza del marito; dichiara nulla e come non « avvenuta la comunione legale, che si è sta« bilita tra i coniugi in mancanza del contrat« to di matrimonio. . . . ; dice, che i coniugi « saranno riputati essersi maritati sotto il regi« me di comunione ec. »

Questa sentenza stabilisce nettamente la erronea dottrina, che noi confutiamo; epperò la corte non ha esitato ad accogliere l'appello con arresto dei 28 di marzo 1851.

La corte,

« Nel merito considerando, che ammettendo, « che l'adozione del regime legale della co« munione tra i coniugi Darnaud Dulac con« tenga un vantaggio indiretto a favore del « marito, una donazione di tale natura non « potrebbe produrre la nullità del regime di « comunione, ed autorizzare i tribunali a so« stituirgli arbitrariamente un altro regime; « che questa donazione valida tra i coniugi, « e tuttaffatto distinta dalla donazione occul« ta, preveduta dall'art. 1099 del codice civi« le, non sarebbe soggetta a riduzione ai ter« mini dell'art. 1496 del medesimo codice (a), « se non sulla dimanda ed a favore dei figli « del primo letto e solamente nell'epoca della « morte della loro madre;

« Che da un'altra parte i fatti di dolo, di « frode, e di emplazione allegati dalla vedova « Darnaud, e che sarebbero stati adoprati per « determinarla a maritarsi sotto il regime dello « comunione legale, non sono provati nel pro« cesso;

« Che perciò e'la non ha dritto di doman« dare, sia la nullità assoluta, sia la riduzione « del vantaggio indiretto, che pretende di aver « fatto a suo marito. . . annulla l'appello, e « quello, di cui è appello, emendando ecc. ».

2747. Se il donante non è ammessibile, i suoi creditori posteriori lo sono come lui. Per verità quando i titoli dei creditori sono anteriori alla simulazione di una dote dichiarata nel contratto di matrimonio del loro debitore, hanno il dritto di attaccarlo, fondandosi sull'articolo 1167 del codice Napoleone (b). Ma i creditori posteriori al matrimonio sono senz'azione. Ove starebbe il fondamento del loro dritto? Nell'occultamento della donazione e nella sua esagerazione? Ma la forma occulta data alla donazione non le vieta di essere vera, e la inofficiosità non li concerne. Sarebbe forse nel dritto del loro debitare? Ma eglino non hanno più dritto di lui (1).

2748. Gli stessi figli, nell'interesse dei quali l'azione di riduzione e di nullità è stata stabilita, non possono esercitarla durante il matrimonio (2). Possono solamente fare degli atti conservatori nel caso di separazione di beni (3), ma solamente nella morte del donante si apre la loro azione, e possono esercitarla.

2749. La seconda ipotesi da considerarsi è quella, in cui la donazione occulta ha avuto luogo tra coniugi pendente il matrimonio.

Due casi possono presentarsi.

Il primo ha luogo, quando il disponente non ha alterato il dritto dei riservatari, ma quando ha voluto semplicemente, pendente il suo matrimonio assicurare al suo coniuge un vantaggio irrevocabile. In questo caso il solo coniuge, che ha compromesso il suo dritto di rivocazione, può fare annullare la liberalità. Se egli muore senza avere intentata la sua azione, o manifestata la sua volontà di rivocare, è riputato di avere confermato quello, che aveva fatto. I suoi eredi non hanno veruna facoltà di fare valere un dritto, che l'art. 1096 non ha stabilito a loro favore, ed al quale il loro autore si presume di avere rinunziato.

(a) Gli articoli 1496 ed il precedentemente citato 1527 non sono stati riprodotti nelle nostre Leggi civili. *Il trad.*

(b) Leggi civili art. 1120. *Il trad.*

(1) Riom, 9 di agosto 1843 (Devill., 44, 2, 15 e 16). Cassaz., 2 maggio 1855, che cassa un arresto della C. imperiale di Limoges, renduto sotto la mia presidenza, il sig. Renouard, relatore, ed il sig. Vaysse, avvocato generale.

(2) Riom, 9 agosto 1843 (Devill., 44, 2, 15, e 16. Arresto di cass. de' 2 maggio 1855, precitato. Arresto di Parigi, riportato nel n. 2475.

(3) Arresto di Riom, e di Cassaz., precitati.

Diciamo, che il solo coniuge ha dritto di agire per la rivocazione, e per pervenirvi è autorizzato a svelare la simulazione, che copre l'atto. Presunto vittima di una influenza dominatrice, dev' essere ascoltato, quando in possesso della sua libertà, vuol porre in luce, anche per mezzo di presunzioni. In verità, che ha dissimulata (1).

2750. Ma questo dritto non potrebbe appartenere agli eredi non riservatari. Che cosa fa loro la simulazione o l' interposizione di persona, se questi mezzi non sono stati adoprati per frodarli, e che il disponente, che solo poteva dolersene in sua vita ed esercitare il suo dritto di rivocazione, non l' ha fatto? (2)

2751. Che se vi sono degli eredi riservatari, la cui riserva è stata lesa dallo donazione occulta tra coniugi (è questo il secondo caso che abbiamo annunziato al n.° 2749), non vi è dubbio, che i suoi eredi non possano agire per la via della nullità. Non si contrasta, che quando il testatore fa per testamento un legato al suo coniuge sotto la veste di una persona interposta, gli eredi riservatari abbiano ammessi a farlo cadere per il tutto in virtù del nostro articolo (3). Non potrebbe essere altrimenti, quando la donazione occolta ed eccessiva è fatta tra vivi, pendente il matrimonio. Da una parte il donante ha l' azione di rivocazione conformemente allo art. 1096; ma dall' altra parte l' art. 1099 ha messo accanto di questo dritto quello dei riservatari contra le donazioni di questa specie, che fanno frode alla legge (4); il primo di questi dritti non impedisce il secondo; ciascuno di essi ha per iscopo di provvedere a degl' interessi distinti.

2752. Dopo di queste spiegazioni conviene d' insistere sulla presunzione legale d' interposizione di persona, eretta dall' art. 1100.

La legge ha considerato, esservi delle persone talmente legate dai vincoli della parentela, dell' affezione, e dell' interesse alla persona, che il donante può gratificare solamente in certi limiti, ch' era impossibile di non supporre, che ciocchè loro veniva donato, lo era al loro parente stesso (5). D' onde le presunzioni introdotte dal nostro articolo ad imitazione del dritto antico.

Esse sono *juris et de jure*, si che non ammettono pruova contraria (6). La legge con questa saggia severità previene molte discussioni.

Quantunque un coniuge non possa avere persone più care dei figli, che ha dal suo coniuge, nulladimeno se questo ultimo fa un dono a questi figli, la donazione non è riputata fatta all'altro coniuge. I figli comuni non sono riputati interposti. Se ne trova facilmente la ragione nell' affezione paterna non meno forte dell' affezione coniugale. *Quia scilicet*, dice Cujacio *ut donet mater, naturalis affectio facit* (7).

Ma si considerano come persone interposte i figli nati da un altro matrimonio *Privigno ut donet noverca maritalis affectio facit, non certe novercalis*, dice ancora lo stesso autore (8). Ed in effetti se Tizio dona 50,000 franchi al figlio, che sua moglie ha avuto da un altro matrimonio, sarà facile di vedere qui una persona interposta; dapoichè l' affezione di un padrigno pel suo figliastro non mena a liberalità di tal fatta. Ma esse trovano la loro causa nell' affezione maritale, che per nascondersi si è servita dell' intermedio di una terza persona.

2753. La parola « figli » adoprata dall' articolo 1100 del codice Napoleone, è nel linguaggio del legislatore un termine generico, che comprende tutta la linea diretta discendente, e che si applica così ai nipoti, che ai figli propriamente detti. Questa interpretazione si accorda co' precedenti della legislazione (9), ed è conforme alla redazione generale del codice (10).

2754 La legge parla di figli nati da un altro matrimonio. Ma bisogna estendere la presunzione d' interposizione di persona al caso, in cui la donazione è fatta al figlio naturale del coniuge del donante. Le ragioni di ciò sono riassunte in un arresto della corte di Amiens dei 22 dicembre 1838, (11) del quale ci basta di dare i motivi:

« Attesochè ai termini dell' art. 1099 del « codice civile i coniugi non possono donarsi « indirettamente al di là di quello, che è permesso dagli articoli precedenti, e che ogni « donazione fatta a persona interposta è nulla; « che ai termini dell' art. 1100 le donazioni « di uno dei coniugi ai figli dell'altro coniuge. « nati da diverso matrimonio, sono riputate « fatte a persone interposte; che sebbene i figli « naturali non siano menzionati in questo arti- « colo, la proibizione non esiste meno a loro « riguardo; che queste parole *nati da un altro* « *matrimonio* sono messe per opposizione « ai figli nati dal matrimonio del donante e

(1) Limoges, 28 febb. 1839 (Devill., 39, 2, 375). Cassaz., 16 aprile 1830 (Devill., 30, 1, 591. *Palazzo*, 30, 2, 30).

(2) Bourges, 9 marzo 1836 (Devill , 36, 2, 345).

(3) Cassaz., 1° aprile 1819 (Devill., 6, 1, 51).

(4) *Sopra*, n. 2741

(5) Plutarco, *Quistioni romane*, cap. 8.

(6) Art. 1352 C. Nap. V. *sopra*, n. 708.

(7) Sul *tit. Cod. de secu. nup.* Tal era pure la decisione dell' antica giurisprudenza. V. Pothier, *Donaz., tra marito e moglie*, n. 108, 113, e *Contratto di matrimonio*, n. 540.

(8) *Loc. cit.*, Pothier, *ibid.*

(9) Pothier, del *Contratto di matrimonio*, n. 540, a proposito dell' editto, che si serviva della stessa espressione del Codice.

(10) Art. 914, Cod. Nap. Caen, 6 gennaro 1843, di già citato (Devill., 43, 2, 314).

(11) Devill., 39, 2, 254.

Digitized by Google

« del donatario, perchè in tal caso la donazio-
« ne è riputata provvenire dall' affezione del
« coniuge pei suoi figli, e non dal desiderio di
« vantaggiare indirettamente l' altro coniuge;
« che fuori di questo caso la donazione è pre-
« sunta fatta al coniuge ogni volta, che ha per
« iscopo di vantaggiarlo per effetto dei suoi
« rapporti di parentela col donatario, come ri-
« sulta dalle altre disposizioni dell' articolo;
« che vi è la stessa ragione di considerare co-
« me fatta alla madre la donazione a favore del
« figlio naturale, nato prima del suo matrimo-
« nio, come quella a favore di un figlio del
« primo letto, e che l' intenzione della legge
« essendo evidente, si deve piuttosto consultare
« il suo spirito, che giudaicamente i termini,
« nei quali è concepula eco. »

2755. Ma quando la disposizione fatta da un coniuge al figlio dell' altro è stata in tal guisa conceputa, che non può giovare al coniuge del donante, in questo caso la stessa evidenza fa cessare la presunzione della legge. Eccone un esempio decisivo:

Il visconte di Ville-d'Avray lega alla signora de Laborde, figlia di un primo matrimonio di sua moglie, una rendita vitalizia di 1,800 franchi, che decorrerà soltanto dal giorno della morte di sua madre. Dopo la morte del visconte di Ville-d'Avray i suoi figli del primo letto pretesero di fare annullare questo legato per la ragione di essere fatto unicamente in considerazione della vedova del testatore, madre della signora de Laborde. Ma come il legato avrebbe potuto essere riputato fatto alla signora di Ville d' Avray, e non a sua figlia signora de Laborde, mentre la signora Laborde non poteva raccorlo, che dopo la morte della signora de Ville d'Avray? (1) La legge è ragionevole, e qui le si faceva dire qualche cosa di assurdo(2).

Egli è dunque evidente, non essere l'articolo 1099 applicabile, quando è impossibile l'interposizione; ed è impossibile quando la persona incapace è nell' impossibilità di raccorre.

2756. Al di fuori delle persone, che la legge presume di essere state interposte, possono incontrarsi dei casi d' interposizione, praticata per mezzo di altre persone. Allora l'interposizione può provarsi coi mezzi ordinari ed anche con le presunzioni (3). È d' uopo, che l' interesse dei riservatari non resti disarmato, e la legge lascia al dritto comune il giudizio di queste ipotesi, che non poteva abbracciare nella loro infinita varietà.

(1) Caen, 13 novem. 1847 (Devill., 48, 2, 677).
(2) *Sopra*, n.i 709, 710, 711, 718.
(3) Cassaz., ricorsi, 27 marzo 1816 (Devill., 5, 1, 174). Cassaz., 16 aprile 1850 (Devill., 50, 1, 391. *Palazzo*, 50, 2, 50).

FINE

AVVERTIMENTO

La giurisprudenza napoletana e specialmente della nostra C. S., sulle materie delle donazioni tra vivi e de' testamenti è il complemento necessario di questa versione. Noi quindi la daremo immediatamonte dopo dell'Indice, che chiude il Trattato, e prima della Tavola analitica per ordine alfabetico, che termina l'opera.

Siamo stati alquanto indecisi sull'ordine da prescegliere nella classificazione delle decisioni. Ordinarle secondo gli articoli delle Leggi civili, cui corrispondono, sarebbe stato un metodo uniforme a quello seguito nel Trattato. Disporle secondo l'ordine alfabetico delle materie è renderne molto più agevole il riscontro; oltre di che, siccome una stessa decisione concerne ordinariamente più articoli, adottando il primo metodo, sarebbe stato mestieri di moltiplicare le citazioni. Per tali ragioni abbiamo preferito il secondo, che mentr'è più comodo e più semplice, offre pure un repertorio di giurisprudenza sulle disposizioni, che si sono comentate.

Digitized by Google

TAVOLA DELLE MATERIE

CONTENUTE IN QUESTO VOLUME

Digitized by Google

Digitized by Google

Articoli delle Leggi Civili.

Articoli del Codice Napoleone.

Articoli delle Leggi Civili

Articoli del Codice Napoleone.

Articoli delle Leggi Civili.

ERRATA	CORRIGE
Vol. I. pag. 27, nota *a* vers. 10 — *casa mortis*,	*causa mortis*
» » 32 » 3 — *do et des*;	*do ut des.*
» » 40, nota *a* — art. 56 delle L. civ.	art. 856 delle L. civ.
» » 42, nota *a* — art. 813 delle L. civ.	art. 815 dello L. civ.
» » 153 — 4.° Quali caratteri il mejorasco imprime a' beni, 5.° Come finiscono. che vi sono sottoposti	4.° Quali caratteri il mejorasco imprime a' beni, che vi sono sottoposti 5.° Como finiscono.
» pag. 181, nota *a* vers. 1 — incapace	privo
» 2. » 307, » 6 — buoni spiriti	buoo' ingegni

» » » 308, in fine del comentario degli articoli 1046 e 1047, e del n. 2209 si supplisca la seguente nota:

Sotto l'impero della nostra attuale legislazione la controversia è testualmente decisa dagli art. 1001 ed 878 delle leggi civili. Il primo di quest'articoli rinvia all'art. 878 come l'art. 1046 del codice Napoleone rinviava all'art. 954 dello stesso codice, ma l'art. 878 delle nostre leggi, che corrisponde all'art. 953 del codice Napoleone, indica espressamente come causa di rivocazione la sopravvenienza de' figli, mentre l'articolo 954 dello stesso codice, che corrisponde all'articolo 879 delle nostre leggi civili, parla solo della rivocazione della donazione per inadempimento delle condizioni, considerandola ne' suoi effetti.

Però nel caso eventuale d'una revisione della nostra legislazione, sarebbe mai più uniforme a' principii generali delle donazioni e de' testamenti di adottare una disposizione, che consacrasse la soluzione, che della quistione dà il nostro dotto autore? A noi pare di sì, comechè non può assimilarsi un testamento ad una donazione tra vivi nella controversia di cui trattiamo. La donazione tra vivi debitamente accettata è irrevocabile, mentre è rivocabile una disposizione testamentaria. Per lo che il donante tra vivi, che ha donato, quando non aveva figli, e che non avrebbe donato, se avesse saputo di averne, non avrebbe mezzo di rivocare la sua largizione, se la legge non intervenisse a favor suo, e dando effetto ad un giusto e naturale sentimento, anzi presumendolo, non dichiarasse per lui rivocata quella disposizione. Ma avviene il contrario nella disposizione testamentaria. Il testatore, che dopo di avere disposto ha avuto de' figli, non solo aveva da per sè stesso la facoltà di rivocare o modificare la sua disposizione, ma trovava invece la sua capacità modificata da questo fatto, che non aveva preveduto. Epperò se si è pentito della sua liberalità, e l'ha trovata incompatibile con le nuove potenti affezioni, che si sono in lui generate, egli l'annullerà o la modificherà, secondo il suo nuovo stato. Ma se no 'l fa, la legge non dee farlo per lui, perchè sostituirebbe la volontà sua a quella del disponente per effetto d'una presunzione, che la non rivocazione volontaria del testamento smentisce.

Il traduttore.

Digitized by Google

GIURISPRUDENZA

DELLA

SUPREMA CORTE DI GIUSTIZIA

DI NAPOLI

SULLE

DONAZIONI E SU' TESTAMENTI

Abitazione. — Art. 1156 del C. N. — 1109 delle Leggi Civili.

1. La donazione irrevocabilmente fatta nel 1798 dell' uso ed abitazione di un quartino durante la vita del donatario in compenso di fatiche adoprate pel donante nella difesa di varie cause e per tutte quelle vertenze, che l'avessero potuto affliggere, viene risoluta nel caso, che il donante sia promosso alla Magistratura. (4 Settembre 1819. — Cammerano e di Filippo).

La donazione, di cui è parola, era stata fatta per gli onorari dovuti al donatario come avvocato del donante. Il donatario era stato promosso alla Magistratura, e si era trovato quindi inabilitato a prestare l'opera sua. La G. C. Civile e le C. S. ritennero, essere quella una delle donazioni *sub modo, causa et conditione*, che si risolvono in contratti innominati, e che perciò mancata la condizione o il corrispettivo della donazione, la donazione stessa rimaneva risoluta.

Accettazione di donazione tra vivi. — Art. 972 C. N. — 897 LL. Civili.

2. Una donazione tra vivi, per mancanza di accettazione espressa, può essere rivocata sin all' accettazione del donatario mercè il solo pentimento del donante, indipendentamente da ogni solennità. (8 Luglio 1812. — Patrizi ed Arezzo).

La Corte ritenne una donazione non accettata essere un semplice progetto, una obbligazione, che dipendente dal solo ed unico consenso del donante senza il concorso di quello del donatario, poteva nell' istesso modo com' era stata contratta, cioè con quel solo ed unico consenso, essere disciolta.

3. Una donazione stipulata sotto lo impero delle Leggi antiche, ed accettata dal notajo stipulatore in nome del donatario, è così efficace da non ammettere il pentimento del donante. (13 di settembre 1813. — Pisani, Esposito e Danza).

La Corte osservò, che per le leggi 18 D. *de adopt*; 2 D., *rem pupilli salvam fore*, e 26 C. *de donat.* le donazioni irrevocabili erano validamente accettate dal notajo stipulatore, ed esser questa una giurisprudenza quasi generalmente osservata in tutt' i Tribunali di Europa (1).

4. L'accettazione della donazione non può presumersi. Epperò il semplice intervento del donatario nell' istromento di donazione non import' accettazione. Nè le espressioni di cessione e rinunzia di crediti adoprate in un atto di donazione, bastano a toglierle il carattere di donazione, e quindi e sottrarla dalla necessità dell' accetta-

(1) *Nella decisione tra Patrizj ed Arezzo, riportata nel num. precedente, la Corte di Cassazione aveva ritenuta l'invalidità dell' accettazione fatta dal Notajo in assenza del donatario.*

poichè in effetti non si fece una donazione, ma si adempì ad una preesistente obbligazione.

La G. C. civile e la Corte Suprema osservarono, non essere dubbio il debito de' fratelli Gesualdi di pagare la dote alla sorella. Epperò quando nel 1838 vi adempirono, tuttochè si fosse parlato di donaziona, in realtà eransi trattato della soddisfazione di un debito, e non d'una liberalità. Doversi attendere ne' contratti l'*id quod actum*, non *quod scriptum fuit*, e che perciò non essendovi donazione, non vi doveva essere accettazione.

11. La denunzia dell'accettazione di una donazione tra vivi può risultare da qualunque fatto, che attesti la conoscenza, ch'ebbe il donante della seguita accettazione, e da qualunque prova atta a dimostrare, il donante aver avuta scienza di essere stata la sua liberalità dal donatario accettata. (8 Luglio 1851.—De Luca e Bassolillo.)

La donazione era stata accettata nel 1819 con un atto autentico separato, e da quel medesimo atto si rilevava di essersi di quell'accettazione dato avviso al donante. Più; eran seguiti il possesso a favore del donatario, la nuova intestazione su' ruoli fondiari, la trascrizione dello sentenza, con la quale si dichiarava addetto al sacro patrimonio del donatario uno dei fondi donati, e per ultimo si ritrovava una dichiarazione del donante in un istrumento del 1825, che conteneva essersi discaricato da lui, ed intestato al donatario un altro de' fondi donati. La G. C civile non aveva trovata giustificata la denunzia dell'accettazione. La C. Suprema considerò, non avere la legge stabilita sotto pena di nullità veruna forma di denunzia dell'accettazione, e che i fatti dinotati stabilivano sufficientemente la notizia dell'accettazione nella persona del donante.

Accettazione di eredità.

12. — L'accettazione di una eredità può risultare pure da un atto di fitto, che secondo le circostanze può considerarsi come atto di proprietario o semplice amministrativo. (2 giugno 1829 — Bruno, Guidelli, e Rossi).

Saverio Bruno aveva fatto molti mesi dopo la morte del padre ed anche in nome del fratello e della sorella l'affitto di un fondo ereditario per lungo termine, e senza esprimerne la dipendenza dalla successione. La G. C. ritenne, essere stato consentita questa locazione a titolo di erede e non di semplice amministratore. E la Corte Suprema trovò, che comunque una locazione potesse farsi nell'uno e nell'altro modo, non vi era però nel convincimento de' Giudici del merito veruna violazione.

13. — L'accettazione di una eredità non può impugnarsi come invalida da' terzi, ma da' soli coeredi. (25 giugno 1829 — Doria e Pesselti).

Disputavasi, se l'accettazione della eredità si fosse fatta nella Cancelleria del Tribunale, in cui si era aperta la successione. La G. C. civile e la C. Suprema osservarono, essere questa disputa estranea a' terzi, i quali non hanno altro interessa, se non quello di sapere, se abbia il successore dichiarato di accettare la eredità.

14. — L'eredità si presume accettata, se fatto l'inventario, e scorsi i termini per deliberare, l'erede non abbia formalmente rinunziato. (28 novembre 1829.— Pignatelli e Mileta).

Il Duchino di Montecalvo era stato istituito erede proprietario da un suo zio. Solennizzò l'inventario, e quando erano già spirati i termini per deliberare fu convenuto pel pagamento di un debito ereditario. I Giudici del merito (il Giudice Regio ed il Tribunale civile) e la C. Suprema osservarono, che per l'art. 932 delle Leggi civili quando alla morte del testatore non vi sono eredi riservatari, i beni passano *ipse jure* all'erede scritto. Che questo nella specie erasi verificato, mancando gli eredi riservatari; e la condanna era seguita dopo fatto l'inventario e spirati i termini per deliberare, cioè dopo di avere assunto il Duchino la qualità di erede. Che perciò la condanna era bene pronunziata.

Nota. — Pare, che il Duchino di Montecalvo, ch'era stato condannato in contumacia dal Giudice Regio, abbia prodotto opposizioni ed appello, sostenendo di non essere erede dello zio, ma senza rinunziare alla di lui eredità. La semplice compilazione dell'inventario non sarebbe bastata a fargli assumere la qualità di erede senza potervi più rinunziare, primachè non decorressero 30 *anni per la prescrizione.*

15.— I pubblici stabilimenti ed i corpi morali non possono accettare una eredità senza il beneficio dell'inventario.

Inoltre la condanna con la qualità ereditaria, ma non già com'erede puro e semplice, non toglie la facoltà di fare lo inventario e dichiararsi erede beneficiato. (2 settembre 1848. — Capitolo di Avetrana e Vanzaelli).

Digitized by Google

Sul primo articolo la C. Suprema osservò, che i stabilimenti pubblici sono assimilati a' minori. Relativamente al secondo rilevò, che per l'art. 717 delle Leggi civili la semplice condanna emessa contra taluno con la qualità ereditaria non gli preclude la via di fare l'inventario e dichiararsi erede beneficiato, se non si trova espresso di essere stato condannato com' erede puro e semplice, di talchè una costante giurisprudenza ha ritenuto di potersi anche nel corso della esecuzione invocare la caratteristica di erede beneficiato.

16. La eredità devoluta per testamento ad un terzo, che non l'ha ripudiata durante la sua vita, può accettarsi da' di lui eredi per proprio dritto; e quindi non è applicabile la massima *haereditas non adita, non trasmittitur*. (30 agosto 1851. — De Luca, e de Luca). Art. 698 LL. civ.

D. Vincenzo de Luca era morto senza accettare nè ripudiare la eredità della madre. I di lui eredi l'accettarono dopo la sua morte. La G. C. civile e la Corte Suprema osservarono, che essendovi nella specie la tacita accettazione, e non avendo D. Vincenzo, mentre viveva, ripudiata l'eredità, bene potevano i suoi eredi accettarla in virtù dell'art. 698 delle Leggi civili.

Accrescere (Dritto di).

16. Le espressioni *in parti uguali o per goderne e disporre in parti uguali* non toglie la congiunzione de' legatari, ma bisogna assegnare rispettivamente le parti a ciascuno; epperò ha sempre luogo il dritto di accrescere. Nè la decisione a ciò relativa, può dirsi sottratta dalla censura della Corte Suprema. (21 novembre 1822. — Corasio e di Fiore).

D. Tommaso de Fiore legò la proprietà di una masseria alla Barra alla signora Paola Rosa Grasso sua nipote, e pel caso di premorienza ad esso testatore, *legò la stessa proprietà a' signori Vito e Gennaro Corasio di lei figli, ed a ciascuno di essi in ugual parte*. D. Vito Corasio premorì al testatore; sorse disputa, se la sua quota si fosse accresciuta a D. Gennaro.

La Corte Suprema osservò, non essere esenti da censura le decisioni, nelle quali per via di fallace e non legale interpretazione, siansi snaturati gli atti tra vivi o di ultima volontà.

Che per la nuova legislazione del Codice civile l'accrescimento ha luogo, quando il **solido è legato a più persone** ***ita ut concursu partes fiant.***

Che la solidità della cosa legata dipende o dalla volontà dell'uomo pel modo come se ne dispone, o dalla natura stessa della cosa legata per la sua indivisibilità.

Che nel primo caso ha luogo il dritto di accrescere, quando il disponente *unica oratione* congiunge la cosa e le persone, che contempla nel solido, e manca, quando la stessa orazione contiene nel principio la distribuzione, che il testatore vuol fare, assegnando a ciascuno la propria parte.

Che se dopo di avere fatto il legato congiuntamente, il testatore aggiungesse *ed a ciascuno di essi in parti uguali*, o *per goderne e disporre in parti uguali*, e simili, la congiunzione non rimarrebbe snaturata, perchè quelle parole additerebbero solo l'effetto del legato, e riguarderebbero l'esecuzione, ma non annunzierebbero avere il testatore formato egli le parti, ed assegnato discretivamente la propria quota all'uno ed all'altro de' legatari.

Perciò annullò la decisione della G. C.

17. Il dritto di accrescere ha luogo tra collegatari in usufrutto anche per le nostre leggi, ma non nel caso di usufrutto causale. (15 marzo 1827.—Pilla e Macchia). LL. civ. art. 999.

D. Giuseppe Macchia aveva legato a sua moglie la quota disponibile, soggiungendo: su questa metà disponibile voglio, che vi abbia usufrutto con detta mia moglie il mio figlio Canonico D. Antonio.

Sorse la disputa, se mancata la madre, la sua quota di usufrutto si accrescesse al figlio D. Antonio. La G. C. civ. disse di no, perchè ritenne dalla nuova legislazione abolito il dritto di accrescere tra' collegatari congiunti in usufrutto. La C. S. disse anche di no, ma riprovò la teoria de' giudici del merito. Osservò non esser vera l'abrogazione rilevata dalla G. C., anche perchè contraria alla generale disposizione dell'art. 999 delle leggi civili, ma che però nella specie un solo era il legato dell'usufrutto, quello a favore del Canonico D. Antonio, giacchè la madre percepiva l'altra metà dell'usufrutto *jure dominii*. L'usufrutto di lei era *causale*, mentre era formale quello del figlio.

18. Il dritto di accrescere ha luogo tra gli usufruttuari, ma se l'erede proprietario è in parte anche usufruttuario, per questa parte non ha luogo il dritto di accrescere. (21 settembre 1830. — Petrosini e Cuomo).

Il Vicario Petrosini aveva istituito ere-

Digitized by Google

de proprietario il pronipote Saoto; nell'usufrutto aveva poi istituito così il detto Saato, che i due suoi fratelli Antonio e Ferdinaodo con la sostituzione reciproca tra tutti e tre relativamente al solo usufrutto. Morto Aotooio, i due fratelli superstiti si divisero la di lui quota. Morto poi Santo, Ferdinando chiese l'iotiero usufrutto per effetto della sostituzione o del dritto di accrescere. La C. Suprema ritenne, che le quattro oonce dell'usufrutto spettate a Saoto nell'aprirsi la successione si erano consolidate con la proprietà, ed erano quindi sottratte al dritto di accrescere, ma che le due once, che aveva egli acquistato per la premorienza di Antonio e per effetto del dritto di accrescere dovevano per lo stesso dritto andare al superstite Ferdinando. La Corte riportò nel suo arresto le Leggi 19 D. *de usu et usufruct. legat.*;—3. § 2, *de usufr. adcrese.*; e 4 dello stesso titolo, che sono da consultarsi.

ALIMENTI —C. N. Art. 960.—LL. civ. Art. 885.

19.— Le donazioni di alimenti per causa di matrimonio rimangono pure rivocate per la sopravvenienza de' figli. (14 giugno 1810.— Santaniello, Conte, e Saquella).

La C. di Cassazione osservò, che così la legge *Si unquam* C. *de revocad. donat.*, come l'art. 960 del Codice civile: (885 Leggi civili) sono nella loro disposizione generali.

20. — Negli alimeoti legati la minorazione convenuta tra il legatario e l'erede, non può estendersi oltre il tempo stabilito nella convenzione (17 novembre 1810 — Soranza e Palomba).

La Corte osservò, essere gli alimenti variabili soltanto pel variare della fortuna del debitore; che quando sono determinati da una convenzione per un tempo limitato, decorso questo, rientrano nel dritto comune.

AMMINISTRATORE.

21. — Se un testatore escludendo dalla sua eredità gli eredi legittimi, nomina degli amministratori della sua eredità, che non possono, o non vogliono amministrare, non si deferisce l'amministrazione all'erede legittimo, ma dovrà essere nominato un amministratore dal Giudice, (27 marzo 1845 — Finek e Branca).

ANTEFATO.

22. — Il legato, che il marito lascia alla moglie di una somma in compenso dell'antefato e di altro lucro nuziale, da pagarsi *durante la vita della legataria*, è dovuto *pro rata temporis*. — (16 marzo 1820. — Gallotti e Criscuolo).

Nel 1805 uo morito aveva legato a sua moglie anoui duo. 800, *durante la vita di lei, da pagarsi terziatamente, e nella qual somma dovesse intendersi compresa il suo antefato ed ogni altro lucro nuziale* Quando la moglie morì, erano decorsi tre mesi dell'anno, onde sorse la quistione, se fosse dovuto il quarto o l'annualità intiera.

La C. Suprema osservò, essere il legato annuale, subordinato alla vita della moglie, ed in parte compensativo de' di lei dritti nuziali. Che i legati vitalizi *in singulos annos* sono altrettanti legati particolari, di cui il solo legato del primo anno è puro, ma tutti gli altri dipendono dalla condizione *si vivat*. Che perciò il legato si estinse nel momento della morte della moglie, anche per l'art. 1970 del Codice civile (1852 delle Leggi civili) imperante nel tempo, in cui morì la legataria.

23 — Quando nella costituzione dell'antefato i figli non vi sono chiamati, può il padre liberamente disporre della proprietà a favore de' figli. (29 settembre 1845. — Del Giudice e Pepi).

La C. Suprema osservò, essere costante il principio, che quando nella costituzione dell'antefato i figli non erano chiamati *ex pacto et providentia*, la disposizione limitavasi al solo usufrutto a favore della moglie, e poteva il padre liberamente disporre della proprietà a favore de' figli, che vi succedevano come eredi.

APERTURA.

24. — L'inosservanza delle formole prescritte per l'apertura de' testamenti, non ne produce la nullità; se non che può essere argomento di frode, ma il giudizio su di ciò non soggiace alla censura della C. Suprema (16 marzo 1822.— Massa e Massa)

La C. Suprema osservò, le forme per l'apertura de' testamenti mistici non annoverarsi tra le solennità de' testamenti interne ed esterne, la cui inosservanza produce la nullità. Che se tale inosservanza può indurre il sospetto o l'opinione della frode, il giudizio in questa materia del giudice del merito è sovrano.

ARRENDAMENTO.

25. — Un legato di una somma da soddisfarsi con partite di arrendamenti di una

Digitized by Google

readita determinata, seguita l'incamerazione, deve soddisfarsi io valore effettivo e nella sua quantità reale. (15 geanajo 1813. De Sinao, Nolli, Carafa ed altri).

Un testatore aveva legato a suo figlio una somma di denaro,assegaandola sopra partite di arrendamento di una determinata readita, clevata a capitale ad una determinata ragione, franca di decima e di qaaluaque altra imposizione. Avvenuta l'incamerazione, sorse la quistione, se potesse soddisfarsi il legato con uaa uguale anoua rendita o con partite di arrendamenti di ua valore nominale.

La Corte di Cassazione ritenoe esservi nella specie un legato di somma, da soddisfarsi coo partite di arrendamento di una indicata anoua rendita. Essere questo caso diverso da qaello della legge 87, § 1, D., *De legat.* 2, col quale il testatore aveva legato in generale tanti arreadameati di una readita designata da comprarsi per suo coato, poiche nella specie da giudicarsi gli arrendamenti si dovevano iateodere indicati come semplice mezzo di pagameoto, e l'anaua rendita come specificazione degli arrendamenti,che dovean servire alla soddisfazione.

L'Avvocato Geoerale Ciancinlli per il contrario aelle suc conclusioni scritte ritenne, essersi legata una rendita costituita,indi per uo fatto impreveduto seasibilmente scemata.

Aumento del legato. — V. Legato.

Avvocato.

26. È invalida la donazione fatta nel tempo della difesa dal clieate all' Avvocato dei dritti e delle azioni letigiose, mascherandosi in essa un patto *de quota litis*. (6 agosto 1831. Lemetre ed Andressse).

Azione.

27. — I legati di somma determinata o di quantità, fatti dal padre al figlio, danno luogo ad una azione persooale, garentita da una ipoteca, soggetta ad iscrizione, e non già ad un' azione di coodominio. (1 febbrajo 1815. — De Sinno e Martini).

La C. di Cassazione osservò, che l'azioae vcodicatoria ac' legati aasce dalla proprietà, che passa immediatamente, *recta via*, dalle maai del defunto in quelle dell' erede. E siccome i soli corpi certi e determinati sono capaci di essere riveodicati, così solo per essi può aversi l'azione vendicatoria del legato.

28. L'azione dal lagatario di uaa quantità certa è ipotecaria sugli immobili ereditarî, seazachè vi sia bisogno di uaa ipoteca speciale per agire ipotecariamente contro il terzo possessore, (20 agosto 1831. — Camera e Petroni).

La C. Suprema osservò essere l'azione per conseguire il legato ipotecaria sogli immobili ereditari, (art. 971 Leggi civili), ed essere l'ipoteca speciale necessaria soltaato ad escludere l'eccezione della discussione degli altri immobili ipotecati, opposta legalmeate dal terzo possessore.

C

Caducità.

29. — Non può dirsi caducato uo testameato per inesistenza dell' erede istituito per la sola ragione, che instituito erede un proietto, si sia errato nell'anno della sua nascita, purchè il testatore lo abbia talmente designato da renderlo certo. (9 gennaro 1845. D'Elia e stabilimenti della SS Anoonziata e SS. Trioità de' Pellegriai di Napoli).

Il testatore aveva istituito crede il proietto Domenico Migliore aanotato al numero 840, e che disse nato ael 1827. Tra' proietti di quest'anno non vi era un DomeaicoMigliore,ma tra quelli del 1826 sotto il numero 840 vi era un proietto di quel aome, ch'era morto nel 1828 di mesi 19.Questa circostaoza,quella del aome, e l'altra della lettera aooaale, lo distinguevano dal proietto numero 840 del 1827.

La Corte osservò essere di principio, che *non interest falsa an vera sit demonstratio, si certum sit quem testator demonstraverit. — L. 34 D. de condit. et demonstrat).*

Cassazione.

30. — Le quistioni di volontà del testatore, come quistioni di fatto appartengooo ai Giudici del merito, e aon soao sottomesse alla corte regolatrice.(16 giugoo 1814. Frommarino e Gisoadi).

31. — L'interpretazione della volontà dei testatori appartiene a' Giudici del merito senza censura della C. Suprema — (11 geanajo 1815. Viti e Viti).

Nota. *Tralasciamo parecchie altre decisioni nello stesso senso.*

Celibato.

32. — La coodizione del celibato, imposta nel testameato all' crede, non è valida. (27 settembre 1809. Massei e Massei).

La Corte osservò, che i Giudici del merito non solo non avevano violato veruna legge, ma si erano uniformati alle leggi 14. D. *de condit.* — *Instit.* 6, § 4 *de jure patron.* — *l.* 22; 72, § 5; 79, § 4, *e* 100 D. *de condit. et demonstrat.*

Ciechi.

33. — I testamenti de' ciechi sono validi, se fatti sotto l'impero del dritto antico, sono osservata le formalità prescritte dalla legge *hac consultissima* C. *qui testam. facere possunt vel non*, e dalla novella 69 di Leone. (27 marzo 1845. — Finck e Braoca).

Il testamento era stato scritto dal notajo in prima persona, come se parlasse il testatore, da che i Giudici del merito inferirono essere stato det ato dal testatore in presenza de' testimoni. Di esso si era data lettura al testatore ed a' testimoni, e si era aggiunto un altro notajo ai testimoni richiesti dalla legge, e si quello, ohe questi avevano firmata la disposizione, dal che si argomentava conoscere egli no il motivo della loro riunione. Queste sono le forme delle leggi suindicate.

Codicillo.

34. Un codicillo non sottoscritto dal testatore, dal notaro, da' testimoni, e dal Giudice a contratti aveva bisogno per essere efficace della ricognizione prescritta dalla constituzione *Bajulos* (29 gennajo 1847. Vitale e Vitale).

La Corte osservò, che comunque i testamenti ed i codicilli nuncupativi per la loro validità non avevano bisogno della scrittura, pure però dovevano essere provati. Che le scritture imperfette rimaste nei fascicoli de' notai defunti, non ridotte in protocollo, erano altrettante scritture private, la oui ricognizione si operava mediante la riassunzione con cognizione di causa innanzi al Magistrato. Però avevano bisogno, che certo ne fosse il notajo, certo il carattere di chi le scrisse, e fossero comprovati da due testimoni intervenuti nell'atto.

Tali forme non concorrevano nel codicillo in esame, che perciò fu ritenuto inutile.

Collazione.

35. — La primogenitura istituita dal padre sotto l'impero delle antiche leggi vale per dispensa dalla collazione, ancorchè la successione si apra dopo la pubblicazione del Codice civile (6 Dicembre 1811. — De Riso e de Riso).

La Corte di Cassazione osservò, cessare il dovere della collazione, quando il disponente ne ha dispensato. Che il divieto di ogni alienazione e l'obbligo della restituzione a' discendenti con legge di primogenitura in una legislazione, che lo permetteva, sottraevano i beni donati da ogni disposizione da parte del donatario, e li reodevano quindi non conferibili.

36. Non è soggetto a collazione, quello, che si è speso per liberare un figlio dal servizio militare. E neppure quello, che si è impiegato per formare uno stabilimento ad uno de' coeredi, quando questo stabilimento si è perduto senza di lui colpa. (27 novembre 1813. — Perazzi e Mascione).

Un padre aveva prima spesa una somma per liberare il figlio dalla milizia. Poi gli aveva comprato un impiego militare, che fu perduto prima della morte del padre per le emergenze politiche del Regno.

La Corte di Cassazione ritenne per il primo capo, che anche la milizia è una situazione, a che il padre nel esonerarne il figlio, non gli aveva formato uno stabilimento, ma aveva soddisfatto l'affetto paterno, che non tollerava dividersi dal figlio. In quanto al secondo capo osservò, che per la legge 2 D. *de collat. bonor.* e l'art. 885 del Codice civile (774 delle Leggi civili) non era soggetto a collazione quello, che si è perduto senza colpa del donatario.

37. Le donazioni fatte dal padre al figlio a norma delle leggi romane non erano esenti dalla collazione, qualora non venivano seguite dalla tradizione e dal possesso reale della cosa donata. (18 aprile 1814. — Jacobelli e Jacobelli).

La Corte di Cassazione considerò, che per dritto romano quelle donazioni fatte dal padre al figlio erano esenti da collazione, le quali avevano effetto con la tradizione, e che una donazione non seguita da possesso, veniva considerata come peculio, e perciò sottoposta a collazione. (L. 18, C. *familia ercisc.* —; l. 13 C. *de collat.* —; l. 4 e 6 C. *si quis alteri vel sibi sub alterius nomine*).

38. Se nel lasciare la porzione disponibile ad uno de' figli, il padre soggiunge, doversi il resto della eredità dividere in porzioni uguali tra' figli, queste espressioni equivalgono ad una dispensa dalla collazione. (19 aprile 1814. — Galasso e Galasso).

La Cassazione osservò, che se il disponibile si fosse conferito, si sarebbe divisa ugualmente tra' figli tutta la eredità, e non già quello, che rimaneva dopo de-

tratto il disponibile, come il testatore aveva detto e voluto. Che per la dispensa dalla collazione non voleva la legge parole sacramentali, ma bastava, che il voto e l'intenzione della legge fossero eseguiti adequatamente di maniera da non raffigurarsi alcuna sorta di differenza tra'termini della legge e quelli della disposizione, ma fossero gli uni e gli altri sinonimi, ed aventi una equivalenza di significato identico, produttivo dello stesso effetto nella loro esecuzione.

39. La dispensa dalla collazione dev' essere espressa e non tacita, nè può supplirsi per equipollenza. — Le donazioni anteriori al Codice sono soggette a collazione, quando il donatario voglia partecipare alla eredità del donante, aperta sotto l'impero della legge nuova. (13 febbrajo 1815 Buoniconti e Tenerelli).

La Corte osservò, che qualunque esser possa l'autorità di alcuni scrittori del dritto romano, che ammettevano pel dritto Giustinianeo la tacita dispensa dalla collazione, è certo pel dritto nuovo, che la dispensa dalla collazione dev' essere espressa. Che ove la legge vuole una dichiarazione espressa, non vi si può supplire con gli equipollenti; e se la donazione in disputa al tempo, in cui fu fatta, non era conferibile, non si può ritenere nel donante la volontà di dispensarla da un peso, che non esisteva.

40. Chi rinunzia non è obbligato a conferire; se la donazione eccede il disponibile, è soggetta a riduzione. Se il padre dichiara, essersi taluni beni acquistati col peculio quasi castrense del figlio, soggetto alla patria potestà, ciò importa di non darsi luogo alla collazione. (26 giugno 1816. — Romano e Messina Spina).

La Corte osservò essere testuali per il primo capo le leggi 1, D., de donat. 1 *princ.* e 7 D. *de collation.*; 4 *ed ult.* D. *de dot. collat.*, nonchè gli articoli 845 e 919 del Codice civile (764 ed 835 delle Leggi civili), e per lo secondo la legge 6 C. *de bonis, quae liberis.*

41. Per esentare dalla collazione tra' coeredi le donazioni fatte dal defunto, basta, che la dispensa sia espressa con tali parole da rilevarne indubitata su tale oggetto la volontà del defunto. 3 Maggio 1817. — (Del Vecchio e del Vecchio).

La Corte di Cassazione osservò, che la clausola di riserva di usufrutto apposta in una donazione fatta sotto l'impero dell'antica legislaziona, era per la legge 28 C. *de donationibus* il segno caratteristico della tramessione de' beni donati. Che i giudici del merito dalle energiche parole adoprate dal testatore e dall' insieme delle sue disposizioni essendosi convinti della decisa volontà del testatore di dispensare dalla collazione, non altrimenti che se fosse stata letteralmente scritta la dispensa, non avevano con ciò commessa veruna violazione. Il Cavaliere Letizia, allora Procuratore Generale presso la Corte di appello di Napoli, nelle sue conclusioni ritenne pure, che le due donazioni in disputa fatte nel 1798 e 1800 erano donazioni semplici, fatte a solo oggetto di liberalità e di munificenza, e quindi per dritto romano dispansate dalla collazione.

42. — Le donazioni tra vivi, specialmente a contemplazione di matrimonio, fatte sotto l'impero dell'antica legislazione, non sono sottoposte nè a collazione, nè a riduzione. (31 luglio 1817. — Scazzari e Scazzari).

La C. Suprema osservò essere le donazioni tra vivi, fatte sotto l'impero dell'antica legislazione, atti perfetti e consumati, che staccano i beni dal patrimonio del donante, e li trasmettono in quello del donatario. Che la legge nuova, non avendo forza retroattiva, non può imperare sugli effetti di quegli atti, a che la legge antica ritenendo valide le donazioni dal padre al figlio, specialmente a contemplazione di matrimonio, il nuovo dritto non poteva impadronirsi, se non di quello, che rimaneva nel patrimonio del padre, la cui successione si era aperta sotto del Codice.

43. La dote e le donazioni *ante nuptias* sono soggette a collazione nella eredità del donante. (11 settembre 1817. Buongiorno e Scala).

La C. Suprema osservò essere nella specie la collazione prescritta dalle leggi 17 e 20 C. *de collation.*, dalla Novella 18, e dall' art. 843 del Codice civile (762 Leggi civili).

44. Una dote promessa *od pompam*, e che si fa comparire soddisfatta, non è soggetta a collazione. (13 settembre 1821. — Mantica e Mantica).

La C. Suprema osservò, che la legge mentre per giuste politiche misure aveva voluto eguale la condizione di tutt'i figli, aveva prescritta la collazione unicamente per le cose effettivamente donate sulla quota disponibile, e realmente assegnate o soddisfatte.

45. La donazione fatta dal padre ai figli sotto l'impero della costituzione *in aliquibus*, non è soggetta a collazione nell'interesse tra il fratello e la sorella, nonostante, che la successione si apra sotto

l'impero di un dritto, che chiama le donne alla successione. La quale regola per altro non è applicabile al caso, in cui il Padre, senza far motto di donazione, abbia semplicemente assegnato al figlio taluni fondi di un valore indeterminato, che han seguitato a rimanere intestati al padre, e de' quali per conseguenza egli ha potuto disporre a suo arbitrio (9 di marzo 1824. — Malacrino e Malacrino).

Un padre aveva assegnato nel contratto di matrimonio del figlio, stipulato prima della nuova legge sulle successioni, alcuni fondi, che disse del valore di duc. 4000, e ciò per comodo de' futuri sposi, ma senza far punto parola di donazione, e proseguendo i fondi a rimanere intestati a lui, sì che ne dispose come volle.

Aperta la successione sotto l'impero della legge nuova, il donatario intendeva di prelevare duc. 4000 come donatigli dal padre, e sua sorella eccepiva doverli porre in collazione.

La C. Suprema osservò, che vera la donazione, non vi sarebbe stato luogo a collazione, perchè i contratti stipulati sotto l'impero di una legge, non possono nè ricevere norma da una legge sopravveniente, nè produrre effetti diversi di quelli della legge imperante nel tempo del contratto. E poichè per la legge romana la collazione aveva luogo soltanto fra coeredi, e per la costituzione *In aliquibus* le donne presso di noi erano escluse dalla successione, perciò non vi poteva esser luogo alla collazione.

Osservò però, che mancava la donazione, perchè la proprietà de' beni assegnati era rimasta sempre presso del padre, che aveva finito col disporne a suo talento. Che quindi non vi era luogo alla chiesta prelazione.

46. È soggetto a collazione la intiera dote, compresa quella parte provveniente da un Monte di famiglia, 26 giugno 1824.— Petroni ed Ossorio y Figueroa).

La C. S. osservò, che comunque nella specie la fondatrice del Monte avesse chiamato le donzelle a conseguire le doti *ex propria persona*, pure il Monte era stato formato pel favore dell' agnazione e per isgravare il fedecommesso dal peso de'paraggi. Che perciò non poteva la donzella conseguire la dote del Monte, che doveva stare in luogo del paraggio sull'eredità in disputa, e la quota ereditaria in questa medesima eredità.

47. La massa ereditaria, che fittiziamente si forma de' beni esistenti e di quelli donati per determinare la riduzione della donazioni inofficiose serve esclusivamente a quest'oggetto, e non per determinare realmente le quote de' concorrenti alla successione. (29 luglio 1824. — Salsa Berio e Capece Zurlo).

La Principessa Capece Zurlo aveva ricevuto le doti dal padre, ed era stata istituita erede nel disponibile. Apertasi la successione paterna, assunse la sola qualità di legataria a titolo universale, e chiese dividersi l'eredità in due parti uguali per attribuirsi una a lei, l'altra alle sorella come riserva. Costoro assumevano non poter ella cumulare le doti ed il disponibile, ma imputar quelle in questo, d' ond'emergeva la riduzione del legato del disponibile. Si ebbe per vero il legato a titolo universale, e però non darsi luogo a collazione tra la Principessa e le sorelle. La G. C. civile formò la massa aggregando a' beni esistenti la dosi, ed ordinò, che una metà di questo tutto fosse stata attribuita alla Principessa Capece Zurlo ed un'altra alle sorelle di lei.

La C. S. annullò la decisione, ed osservò, che la massa così formata non poteva giovare alla Principessa, che doveva subire e non profittare della riduzione; quella massa doveva servire unicamente a determinare la riduzione del legato del disponibile, mentre invece il sistema adottato dalla G. C. le dava più di quanto avrebbe avuto, se non fosse stata chiesta la riduzione.

(Nota) *Ignoriamo le circostanze della causa, ma è da ritenere, che la qualità di legataria a titolo universale, assunta dalla Principessa Capece Zurlo, non sia stata contradetta. Si sa, che il legatario del disponibile per non conferirlo deve averlo avuto a titolo di anteparte o di prelegato; ciocchè esclude il carattere di legatario a titolo universale, che di diritto l'esonererebbe dalla collazione. È noto ancora, che il disponibile costituisce unicamente l'eredità, di cui si ha la disposizione. Bisogna dunque, che il consenso delle parti abbia esclusa una combinazione, che sarebbe stata la più facile soluzione del problema.*

48. La dispensa dalla collazione si ammette a favore del successibile, anche quando risulti dalla donazione in termini equipollenti. D'altronde per dritto antico la collazione si ammetteva unicamente per la successione degli ascendenti. (3 marzo 1825 — Buonaiuto, Cinquegrana a Velotti).

La donazione era stata fatta dallo zio al nipote; doveva servire per fondo di un maggiorato; il donatario era obbligato di dotare la sorella di duc. 3000, e di non

concorrere co' fratelli alla successione paterna. Sorse disputa, se il donatario concorrendo alla successione del donante, dovesse conferire la donazione.

La G. C. civile e la Corte Suprema osservarono, che la legge antica ammetteva la collazione per le sole successioni degli ascendenti. Che la giurisprudenza, compresa quella di Francia, aveva già ammesso, che la dispensa dalla collazione potersi ricavare anche da equipollenti, emergenti dalla donazione, e che nella specie vi era quanto bastava per fare ritenere, che il donante avesse voluto gratificare in preferenza il donatario.

49. Non può esentarsi dalla collazione quella donazione, che non se ne trova dispensata dal donante con termini equivalenti all'*expressim*.

La G. C. civile non aveva trovato nella donazione dell' espressioni equipollenti dell'*expressim* per la dispensa dalla collazione. La C. S. osservò, che lo scopo della collazione è l'uguaglianza nella divisione de' beni paterni tra' figli. Che l'Imperatore Giustiniano aveva estesa la regola anche alle donazioni semplici non conferibili, tranne quando aon si fosse espressamente dispensato. Che la decisione denunciata poggiava sulla base di tali disposizioni, e che i Giudici del merito non avendo trovato nè l'espresso nè l'equipollente, non avevano violata veruna legge. Anche perchè in simili giudizi *locus plerumque est aequitati*.

50. Quando i mobili dotali sono stati stimati per conoscersi il valore del corredo, non sono collazionabili i frutti della somma estimata. (6 giugno 1829 — Buglioni, de Benedictis, Cardone ed altri).

51. I legati fatti al fratello del testatore ed a' figli de'fratelli predefunti non soggiacciono a collazione (5 novembre 1829 — Spolidoro e Quinto).

La C. S. citò il § ultimo dell' art. 768 delle Leggi civili, la cui disposizione è testuale.

52. La collazione delle doti dev'essere regolata dalle leggi imperanti nel tempo della morte del donante, della cui successione si tratta, e da quest'epoca debbono computarsi gl' interessi sulle doti da conferirsi. (11 settembre 1830. — Carducci, Sisto y Britti ed altri).

53. La donazione fatta nel 1807 dagli zii alla nipote non era soggetta a collazione, ancorchè la successione si fosse aperta sotto l'impero del Codice civile, nè lo era la donazione rimuneratoria per servizi prestati dalla donataria a' zii donanti. (6 sett. 1831. — Val, Carrozzi, ed altri).

La donazione era stata fatta per atti tra vivi dagli zii alla nipote a contemplazione del di costei matrimonio, che in quel medesimo anno fu solennizzato. La successione di uno de'donanti si aprì sotto l'impero del Cod. civile, e la donataria concorse alla successione.

La C. S. osservò, che la donazione essendo stata perfetta nel 1807, ed il dominio trasmesso dal donante al donatario, la legge nuova trovava i beni fuori del patrimonio del donante, e non poteva colpirli. Che per la legge antica la collazione aveva luogo solamente fra' discendenti, cioè tra coloro, che avevano dritto ad una riserva (LL. 1 e 2. D. *de collat.*, e l. 17 C *eod.*), e n'erano poi esenti le donazioni rimuneratorie. (L. 10. C. *de collat.*, e Novella 18 cap. 6).

Che se la successione si era aperta sotto l'impero del Cod. civile, anche questo dispensava dalla collazione, quando la dispensa era espressa; e nella specie doveva valere come dispensa dalla collazione la legislazione imperante nel tempo dell' atto, nella quale appunto tale dispensa si conteneva, perocchè trovava la disposizione della legge nel luogo della volontà del donante. Che inoltre la donazione in esame era pure rimuneratoria.

54. La collazione de' fondi dotali non si può fare dipendere dalla condizione di dover prima gli eredi conferire le somme, che dovevano all' eredità. (1 di marzo 1845. — Berlengieri, Rovegan, e Supino).

Gli eredi, cui era dovuta la collazione, erano debitori d' ingenti somme all' eredità, e pure non a titolo di donazione, ma di debito. La G. C. civile aveva subordinata la collazione delle doti al pagamento di queste somme. La C. Suprema osservò, che la collazione del contante dovuto all' eredità si fa col prendere tanto di meno o in contanti, o in mobili, o in immobili ereditari. Che la G. C. avendo dispensato la dotata dal conferire in natura i fondi dotali, se prima i di lei coeredi non pagavano le quantità, da loro dovute, l'aveva implicitamente autorizzata a compensare la sua ragione di credito su quelle quantità dovute con la collazione, che doveva in natura, e così convertita questa collazione in natura in collazione in valore.

Il P. M. cav. del Giudice aveva opinato diversamente, scorgendo nella misura adottata dalla G. C. una sicurtà della vicendevole collazione in armonia co'legali principi della ritenzione e della compensazione.

55. Le doti costituite dipendenti da Monti

familiari non debbono conferirsi all'eredità materna, ma tutto ol più alla paterna. (14 di luglio 1845. — Caracciolo, Dentice e Vulcano).

Lo C. S considerò, che guardata la origine e lo scopo de' monti di famiglia, istituiti così per atto tra vivi, come di ultimo volontà, non poteva dubitarsi essere le doti meramente profettizie, come dirette a sgravare in tutto o in parte il padre dol'l' obbligo, che aveva, di dotare le figlie, e che sotto tale rapporto poteva al più sostenersi essere conferibile alla successione paterna e non alla materna.

56. Il padre, che dice, dover rimanere ad una sua figlia la metà de' mobili, e soggiunge immediatamente, che l' altro metà, divisa in tre parti uguali, dovesse rimanere una alla predetta sua figlia, e le oltre due alle due sue sorelle, esprime implicitamente lo volontà di dovere la prima delle tre figlie prelevare lo metà de' mobili a titolo di precapienza. (9 settembre 1847 — Roffi e Roffi)

La C. Suprema osservò, che la collazione, facendo succedere la divisione in parti uguali, distruggerebbe lo volontà del testatore.

57. È soggetto ad entrare in massa, ovvero a collazione, quello, che si è speso per lo acquisto di un grado militare od uno dei figli. (8 febbraio 1848. — De Majo e Patroni).

La C. S. osservò, che i giudici del merito si erano malamente attenuti oll' antico dritto romano, abrogato da Giustiniano, epperò violate le leggi 1 e seg. Cod. *de collation.*, e l'art. 770 delle LL. civ., imperanti nel tempo, in cui si aprì la successione.

Compromesso. Vedi *Arbitramento*.

Concubina.

58. È valido il legato fatto a colei, ch' era concubina nel tempo del testamento, ed indi è divenuta moglie del testatore, il quale per luogo tempo ha perseverato nello volontà di beneficarla. (14 settembre 1830. — Morro e Morro.

Il testamento era stato fatto nel 1821, la legataria era divenuto moglie del testatore nel 1825, ed il testatore era morto nel 1828 senza rivocare la disposizione. La C. Supr. osservò, che qualunque cosa potesse dirsi della legataria nel tempo della disposizione, era certo di esser ella divenuta moglie del testatore e di aver questi perseverato per tre anni nella volontà di beneficarlo. Che perciò non valeva qui la regola *quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*, dapoichè, come nota il Gotofredo, il supposto vizio nella legataria venne a cessare, e gli ultimi atti del defunto confermarono la sua prima volontà. (L. 29 *D. de reg. jur. e l.* 1, *D. de leg.* 3).

Condizione.

59. La clausola del testamento, con la quale s'impone all'erede l'obbligo di sposare una designata persona sotto pena di deferirsi l' eredità ad un altro, non contiene una sostituzione fedecommessoria, ma uno semplice condizione. (10 novembre 1818. — Aroieri e Luoifero).

60. La condizione opposta dal testatore di dovere un giovanetto legatario vivere sempre lontano dalla madre, e negarle qualunque soccorso, si considerò come non scritta. (20 gennaio 1824. — Sorrentino e Schiano.

La C. S osservò tale condizione offendere direttamente il costume e distruggere ogni principio di sana morale, portando o sciogliere ed oltraggiare i vincoli del sangue, i sacri nodi delle famiglie ed i doveri de' figli verso i loro genitori. Per lo che meritamente la G. C. l'aveva ritenuta come impossibile. *Quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et, ut generatim dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse eredendum est.* (L. 15 D. *de condit. instit.*).

61. L' obbligo imposto al legatario o erede particolare di non avere il possesso de' beni rimastigli dal testatore, se non dopo di avere pagato una somma all'erede universale, costituisce una condizione per modo, che se il legatario o l'erede particolare muore primo di adempirla, non trasmette il suo dritto a' proprî eredi. (28 febbraio 1826. — Florioi d'Alcoa ed Angeloni).

Il testatore aveva legato due feudi, ma aveva imposto al legatario l' obbligo di pagare all' erede universale ducati 2900, e che sino a quando tal pagamento non si fosse eseguito, l' erede universale non potrebb'essere molestato. Il legatario morì senza pagare la somma succennata. Sorse la disputa, se potesse pagarla gli eredi.

La C. S. considerò, che *dandi faciendique conditiones in persona collocantur* (l. 60 D. *de condit. et demonst.*), e che le leggi romane ammettevano il passaggio de' legati condizionali negli eredi del legatario solamente quando la condizione si fosse adempita in vita loro. (L. unic. § 7, C. *de cad. toll.*) Il che nella specie non si verificava.

Digitized by Google

62. — In fatto di donazioni la parola *condizioni* importa *doveri*, per lo cui inadempimento la d nazione si risolve. (13 agosto 1850. Traiani e Donati).

La C. Suprema osservò, che per l'inadempimento di tali doveri la risoluzione della donazione era testualmente sancita dall' art. 877 delle Leggi civili.

CONJUGE.

63. Una donna, che avendo sei figli del primo letto, lega al secondo marito tutto quello, di cui può disporre, gli trasferisce il settimo dell'eredità. La rinunzia di uno de' figli non giova nè nuoce al legatario. (18 settembre 1824.—Curcio e Tavassi).

La C. S. citò l' art. 1098 dell' abolito Cod. civ., e per la rinunzia osservò, che la parte del rinunziante si accresce a'coeredi.

64. Per vedere se la liberalità in usufrutto a favore del secondo coniuge sia soggetta a riduzione, bisogna avere riguardo non già al disponibile del testatore o donante, ma alla quota del figlio, che prende il meno. (18 gennaio 1827. — Bruno e Mungo).

La C. S. osservò, che prendendo norma non dalla quota disponibile, ma dalla misura fissata dall' art. 1052 delle Leggi civili, fatta la liquidazione dell'asse, bisognava vedere, se l'usufrutto lasciato alla vedova del secondo letto, ragguagliato alla piena proprietà corrispondente, eccedesse la quota del figlio, che prendeva il meno.

CORREDO.

65. Il corredo va considerato come un aumento di dote e soggetto alle stesse conseguenze. Epperò rimasto dal padre col testamento, è dovuto, anche quando la figlia rimane nubile. (11 febbrajo 1819. Figliola e Figliola).

La C. Suprema osservò, che quella parte della dote assegnata per corredo, non perchè così assegnata, vestiva una natura diversa, dovendosi sempre considerare come una parte o aumento della dote. (*Boss. de dote cap.* 15, *n°* 110. *De Luca, Disc.* 50 *de dote*, n° 4) E che sebbene il corredo si possa intendere principalmente destinato ad abbigliare la donzella, che va a marito, pure la donzella nubile non ha meno bisogno di abbigliarsi, specialmente quando è obbligata a dividersi dalla casa paterna.

COSA ALTRUI V. Usufrutto.

CREDITI.

66. — Il legatario per essere soddisfatto del legato non può addentare un credito ereditario, che si trova dall' erede in buona fede ceduto ad altri. (7 settembre 1819. Del Giudice e Farina).

La C. Suprema osservò. che l' ipoteca pe' legati esiste solo sugl' immobili; che un credito ereditario è un mobile, e che il legatario per conseguire il legato ha solamente l'azione personale contra l'erede e la ipotecaria sugl' immobili; che perciò alienato il credito, ed uscito dal patrimonio del defunto, non era più obbligato pel pagamento del legato.

67. — La penale imposta dal testatore per la perdita del legato nel caso, che il legatario movesse qualunque lite a' suoi eredi, non comprende l'azione di credito contra l'eredità. (30 agosto 1827. — Tomo e Vilignani).

La C. Suprema osservò, che il divieto del testatore riguardava i dritti ed il carattere di erede, e non già le azioni creditorie, tantopiù che il testatore aveva imposto agli eredi l' obbligo di estinguere tutt' i suoi debiti.

D

DEBITI.

68.— Le figlie femmine, che sono semplicemente legatarie nell' eredità paterna, non sono tenute al pagamento de' debiti ereditari. (11 febbrajo 1845. — Dentice e Ruggiero).

Pietro Ruggieri nel 1835 aveva istituito eredi i cinque figli maschi, ed aveva legato alle femine duc. 4200 per ciascuna. Queste ultime accettarono il testamento paterno La C. Suprema osservò, che essendosi contentate della disposizione del padre, ed avendo il semplice carattere di legatarie, non erano tenute al pagamento de' debiti.

69 — Il donatario non è tenuto de' debiti del donatario in forza di scritture private registrate dopo la trascrizione della donazione. (4 Luglio 1848. — Iadanza e Doria).

La C. Suprema considerò, avere la legge determinati i casi, ne' quali le scritture private acquistano data certa contra de' terzi: che questa certezza di data in niun caso può risultare da una pruova testimoniale; e che nella specie il registro essendo posteriore alla trascrizione, bene i Giudici del merito avevano dichiarato non obbligato il donatario.

70. — L' erede legittimo, ch' è in possesso de' beni, se paga debiti ereditari, quantunque sciente dell' esistenza di un testamento, e senz' avvertirne l' erede testamentario, ha dritto ad esserne rivaluto

dal medesimo; però è nell'obbligo di provare l'effettiva esisteoza da' crediti estinti, nè a ciò basta, che vi sia condanna per il pagamento. (2 settembre 1848. — Capitolo di Avetrana, Vanzanelli, ed altri).

La C. Suprema osservò, che l'erede legittimo acquista *ipso jure* il possesso de' beni del defunto con l'obbligo di soddisfarne i pesi. Che d'altronde l'accettazione dell'erede testamentario retroagisce al giorno dell'apertura della successione, si che ha egli l'obbligo di rivalere l'erede legittimo de' pesi, che realmente esistevano sulla eredità, e che qnegli ha soddisfatto. Che la conoscenza, che l'erede legittimo aveva dell'esistenza del testamento, non l'obbligava a chiamare l'erede testamentario pel pagamento de' detti pesi, perchè questi avrebbe potuto non volere profittare della disposizione testamentaria.

Che però la condanna contra l'erede legittimo non è pruova sufficiente contra l'erede testamentario dell'esistenza del debito. Che i terzi possono giovarsi dei giudicati emessi contra l'ereda apparente e possessore de' beni ereditari, e farli valere contro il rivendicante dell'eredità, ma che non è lo stesso tra l'erede legittimo ed il testamentario, specialmente, quando il primo conosceva l'esistenza del testamento.

71. — Fatta una donazione tra vivi sotto l'espressa condizione, che debba il donatario pagare determinati debiti, ed aperto giudizio di purga sul prezzo de' fondi donati, volontariamente venduti, i creditori del donante hanno dritto a prelevare da tal prezzo a preferenza de' creditori del donatario, l'ammontare de' crediti rispettivi. (20 gennajo 1849. — Orsini e Baldari).

La C. Suprema osservò che una donazione di tal fatta sino alla concorrenza dei debiti da soddisfarsi è un contratto oneroso, nè può dirsi una liberalità, se non per quello, ch' eccede l'ammontare di detti debiti. La quantità quindi de' beni uguale a tale ammontare, non può dirsi donata, e non può perciò formare la garentia dei creditori del donatario. — Che ammettendosi in ipotesi la donazione anche per questa parte di beni, la liberalità sarebbe sempre condisionale, e sarebbe risoluta per l'inadempimento della condizione. — Che l'azione di risoluzione non è personale del donante, ma trovandosi nel suo patrimonio, appartiene pure a' suoi creditori.

72. Quando il testatore non ha imposto alla moglie onerata del pagamento de' legati, il *legatum debiti*, sono obbligati di pagare i debiti ereditari gli eredi in proporzione tra loro. (16 luglio 1850. — La Furia, Forchetti, e Flacco).

La C. Suprema osservò, che avendo il testatore imposto unicamente alla moglie l'obbligazione di pagare i legati scritti ne' due testamenti, non ne seguiva, che avesse voluto pure obbligarla al pagamento de' debiti ereditari, epperò mancava il *legatum debiti*.

73. — Il donatario di tutt' i beni è considerato com' erede, e quindi obbligato al pagamento de' debiti del disponente, comunque la data dal registro del titolo creditorio sia posteriore alla donazione; il donatario non è considerato terza persona. (27 novembre 1851. — Ajello e Statti).

Il disponente si era spogliato di tutt' i suoi beni, trasferendoli a' figli, distinguendo il disponibile dalla riserva, e dando la prima a' figli, e la seconda a' figli ed alle figlie.

La Suprema C. osservò, essere quella una donazione universale, comunque di beni presenti, che secondo l'art. 1032 dover avere l'effetto di un' anticipata successione; epperò i donatari non potevano ritenersi discaricati dalle obbligazioni imposte agli eredi. — Che la data certa è richiesta nell' interesse de' terzi, ma non già degli eredi ed anche degli aventi causa, i quali per l'art. 1277 sono solamente autorizzati a dichiarare, se conoscono, oppur no la scrittura o la sottoscrizione. — Che questa verificata, i successori, sia a titolo universale, sia particolare, sono obbligati a rispettare il fatto del loro autore, e non addebitargli la volontà di fabbricare la falsità della data di quella carta, che appena riconosciuta, dev' essere ritenuta vera in tutte le sue parti.

DECADENZA.

74. — La decadenza del gravato di restituzione dal godimento de' beni nel caso, che trascuri di domandare la nomina del tutore, è penale assoluta e perentoria. Se non che non avviene per solo ministero della legge, ma dev' essere dimandata, perchè la penale può essere rimessa dai chiamati. (16 novembre 1848. — Pugliesi ed Indelli).

La C. Suprema osservò, che la sanzione dell' art. 1057 è assoluta e perentoria, e non lascia facoltà al magistrato di temperarne l'applicazione. Che però i dritti del gravato non si devolvono in tal caso a favore de' sostituiti pel solo ministero della legge, ma è d'uopo di essere richie-

sia da parte de' sostituiti, loro tutori, curatori, parenti, o anche del Procuratore Regio, perocchè la penale può venire rimessa da coloro, che hanno la facoltà di consentirlo. (V. *Figli.* — *Penale*).

DEMENZA.

75. — I testamenti e le donazioni possono impugnarsi per demenza de' lóro autori, anche dopo la loro morte, non essendo applicabile a questi atti l'art. 504 del Codice civile (art. 427 Leggi civili).

La C Suprema osservò, che per fare una donazione o un testamento bisogna essere sano di mente. Che quando questo fatto si nega, bisogn' ammettere una pruova. Il che può forsi anche dopo la morte del disponente, non essendo alla specie applicabile l'art. 504 del Codice civile, che tratta degli atti ordinarî, cioè delle obbligazioni e delle quietanze Questo rilevarsi dalla connessione dell'art. 901 Codice civile (art. 817 Leggi civili) con l'art. precedente, dalla storia della discussione del detto art., e dalle decisioni delle Corti Supreme di Francia.

76. — Per ammettersi la pruova della demenza di un testatore, in di cui vita non fu provocata l' interdizione, si richieggono fatti precisi e positivi. (3 di aprile 1823. — Carrapa e Valente).

La C. Suprema osservò, che dall'avvicinamento de' due articoli 504 e 901 del Codice civile (427 ed 817 delle Leggi civili) si rileva manifestamente essere diretti a regolare due casi diversi; il primo riguarda la demenza abituale, il secondo la demenza eventuale. Ma poichè per disporre tra vivi o a causa di morte, bisogna essere sano di mente, è implicitamente ammessa anche la pruova della demenza abituale. Però per attaccare le donazioni o i testamenti di un uomo non interdetto in vita, debbono allegarsi fatti positivi e concludenti di demenza, perciocchè la presunzione sta sempre per la validità dell'atto. (V. n. 79).

77. Il Tribunale tuttochè non si trovi nè pronunziata nè provocata la interdizione del donante, può dietro fatti creduti gravi e concludenti ammettere la pruova della demenza nel tempo dell' atto di donazione, o dichiararlo nullo, ove rimanga provato (27 marzo 1824. — Mastrilli e Valpon).

La C. Suprema osservò essere nella specie applicabile l'art. 901 del Codice civile (817 delle LL. civ.), epperò poteva il Tribunale su di fatti ritenuti gravi ammettere la pruova della demenza del donante nell' atto della donazione, tuttochè non se ne fosse provocata l' interdizione.

78. — Dopo la morte del padre non può il figlio impugnare gli atti fatti dal medesimo a titolo gratuito sotto pretesto d'imbecillità permanente per più anni prima di quelli, se costa di essersi dopo fatti dal padre vari atti a titolo oneroso, contra dei quali niuna dimanda d' interdizione trovasi fatta. (8 luglio 1845 Gugliano e Gagliano).

Il testamento era stato fatto nel 1837, la donazione nel 1840, ed il disponente era morto nel 1842. Si diceva, che la demenza fosse cominciata nel 1835 a causa di un colpo di apoplessia. Però dopo del 37 ed anche dopo del 40 erano seguiti vari atti a titolo oneroso, e gli attori convenivano doversi questi rispettare. — La C. Suprema osservò, che sarebbe strano, se il disponente si ritenesse in istato permanente di ragione per gli atti a titolo oneroso, e contemporaneamente in istato permanente di privazione di ragione per gli atti di liberalità.

79. Non può dichiararsi nullo un testamento per demenza del testatore, quando questa sia momentanea e non abituale, e non si sia durante la vita del testatore provocata l' interdizione. (22 settembre 1845. — Giordano, Cepparulo, ed altri).

La C. S. osservò, che la demenza per produrre la nullità del testamento doveva essere abituale e non momentaria. Che bene i giudici del merito avevano invocato l'art. 427 delle Leggi civili, sì perchè esso parla di atti in generale, senza distinguere tra quelli tra vivi e quelli di ultima volontà, sì perchè quell' articolo è messo tra le regole dell' interdizione, sì perchè non è permesso di restringere una disposizione per ricavarne un effetto odioso, qual'è la nullità di un atto. (V. i n.i 75, 76 e 77.

DETTATURA del testamento.

80. Non è necessario, che il testatore detti il testamento per atto pubblico al Notaio innanzi a' testimoni, ma soltanto, che il Notajo lo legga al testatore in presenza de' testimoni (25 giugno 1812. — Cipolla, Asmnelis, ed altri).

81. Non sono validi i testamenti dettati per via di segni. (30 luglio 1813. — Cini e Mussari).

La Corte di cassazione osservò, un testamento di tal fatta essere contrario alle leggi 10 e 21, D., *qui testam. fac. poss.* e 29, D., *de testam.*, nè essere ad esso applicabile la legge 4, D., *de militari testam.*, che concerne un caso eccezionale.

82. Non è nullo un testamento, nella di cui

chiusura il Notajo dichiari di essere stato dettato dal testatore e scritto di sua mano. (4 marzo 1829. — Bucci e Tucci).

Nella chiusura dell' atto si trovavano scritte le seguenti parole: « Io Notajo.... « ho stipulato il presente testamento del « sig. . . . . il quale lo ha esso testatore « dettato, ed io ho interamente scritto di « proprio pugno, ed in fede ho segnato ».

La C. S. osservò, adempire queste parole al voto della legge, la quale non aveva particolarmente prescritto il luogo, in cui debba essere collocata la dichiarazione del Notajo, di essere stato il testamento dettato dal testatore e scritto dal Notajo.

Divisione.

83. Non è eccepire del dritto del terzo, quando il coerede in un giudizio non solo di divisione, ma anche di petizione di eredità, deduce l'esistenza di un altro coerede, affinchè la divisione si faccia tra due e non già fra tre persone. (25 loglio 1829. — D'Errico e d'Errico.

La Corte Suprema osservò, non potersi trascurare l'eccezione dell'esistenza del terzo coerede, poichè se si guardava la petizione di eredità, la porte, che si rivendicava, non poteva essere maggiore di quella, che competeva, e se si considerava la divisione, era di grave interesse di non farne due invece di una.

84. Quando il padre di famiglia ha prescritto il metodo di divisione tra' figli, indicando i stabili, che ciascuno di essi deve prendere nella divisione, non può il Magistrato ordinare una divisione giudiziaria senza costare prima che il metodo ordinato dal padre offende i dritti, che la legge garentisce a' figli, male applicando l'art. 1035 delle Leggi civili. (9 settembre 1847. — Roffi e Roffi).

La C. Suprema osservò, che la divisione fatta dal padre tra la figlie, essendo permessa dalla legge, doveva essere rispettata; ch'essa non s'impugnava per le cause espresse nell'art. 1035, e che l'essere decorsi dieci anni dall'epoca del testamento alla morte del testatore, non era motivo da far ordinare una nuova divisione.

Donazione a contemplazione o per contratto di matrimonio.

85. La donazione per contratto di matrimonio fatta a' figli nascituri è valida, quando anche al tempo della morte del donante non si trovassero essi neppure concepiti. (31 luglio 1816. — Straziuso e d'Aloja).

La Corte di cassazione osservò, avere la legge fatta distinzione tra le donazioni comuni e quella a contemplazione di matrimonio, ed avere in queste permesse molte cose vietate nelle altre; avere la stessa legge dichiarato, che le prime si debbono sempre presumere fatte a favore de' figli nascituri dal matrimonio, ancorchè non nominati; che permettendo ancora di disporsi a favore degli sposi e de' figli da nascere dal matrimonio, era chiaro contemplare essa in tali donazioni indistintamente anzi simultaneamente gli sposi ed i figli nascituri, quantunque non se ne sia fatta particolare menzione. Che la donazione fatta a' figli nascituri, doveva ritenersi fatta anche agli sposi, perchè non si può prediligere il matrimonio senza prediligere gli sposi, nè contemplarsi i figli, che vengono dalle nozze senza prima contemplarsi coloro, che danno loro l'esistenza.

Che in fine in due soli casi le donazioni a contemplazione di matrimonio divengono caduche, cioè quando le nozze non seguono, e quando il donante non sopravvive al donatario ed alla sua discendenza; nè può il Giudice immaginarne altri.

86. La promessa fatta dal padre ne' capitoli matrimoniali del figlio di non lederlo nella terza parte del suo asse ereditario, equivale ad una instituzione di erede nella terza parte de' suoi beni. Tale promessa contiene una donazione a favore del figlio, della terza parte della porzione disponibile giusta l'art. 915 del Codice civile. (829 LL. civili), dalla quale il padre non può recedere. (2 agosto 1816. — di Pietro e di Pietro).

87. Una donazione fatta a contemplazione di matrimonio ed a' figli nascituri s'intende fatta con ordine successivo, cioè prima al padre, e poi morto costui a' figli superstiti. (6 dicembre 1816.—Gasbarri e Giacchesi).

La Corte di cassazione osservò, che una donazione fatta *contemplatione certi matrimonii* al donatario ed a' figli maschi *nascituri*, riceve dal dritto la definizione di essere fatta con ordine successivo prima al padre, ed indi dopo la morte del padre a' figli maschi superstiti; non potendo altrimenti la proprietà acquistarsi da esseri incerti e non esistenti nel tempo della donazione, nè restar sospesa sino al giorno della rispettiva nascita de' figli chiamati. Epperò se uno di costoro premuore al padre, non s'intende di avere acquistata la proprietà, nè la trasmette ai suoi eredi.

88. Nelle donazioni fatte a contemplazione di matrimonio tanto allo sposo, quanto

a' figli nascituri, questi ultimi non vengono chiamati, se non con la qualità di eredi dal padre, tranne il caso, in cui la chiamata fosse espressa, diretta, ed accettata nelle solite forme. (22 genn. 1817. — Marone e Marone).

88. Le donazioni a causa di matrimonio non soffrono cambiamento in pregiudizio dei figli in esse contemplati. Da questo solo principio dipende la inviolabilità di queste donazioni e non già dalla qualità di erede beneficiato. (11 febbraio 1826.— Gazerro, Cardente, e Santagata).

La donazione era stata fatta sotto l'impero del dritto antico, ed era di duc. 6000 precipui fatti da Girolamo e Giacinto Gazero ad Antonio figlio e nipote rispettivo ed a'figli nascituri dal matrimonio con la signora Cuora, e per essi al Notajo. Posteriormente pel fatto de' donanti ed anche del donatario Antonio venne alterata la donazione. Le figlie nate dal matrimonio sostennero, dover essa rimaner per loro indeminuta come chiamate *ex propria persona*, e la C. Suprema osservò, che le donazioni *contemplatione matrimonii* fan parte del contratto nuziale, per cui non soffrono cangiamento in pregiudizio delle persone, che vi sono contemplate.

89. Una donazione a contemplazione di matrimonio fatta allo sposo ed a'figli da nascere nella sola proprietà, da consolidarsi con l'usufrutto dopo la morte del donante, non contiene sostituzione vietata. (4 marzo 1826. — De Stefano e de Stefano).

La donazione era stata fatta dagli zii al nipote per nome Vincenzo, e *riguardava il detto sig. Vincenzo ed i di lui figli da nascere dal matrimonio, che dovrà contrarre con la signora Emmanuela Petroni*. I donanti ritennero l'usufrutto da consolidarsi con la proprietà dopo la loro morte per la porzione di ciascuno di essi donanti. L'atto veniva attaccato da uno de' donanti come contenente sostituzione.

La Corte Suprema considerò, non contener esso sostituzione fedecommessaria, perchè per espressa volontà de' donanti la proprietà passò simultaneamente in D. Vincenzo e ne' suoi figli nascituri.

90. Nella donazione a contemplazione di matrimonio fatta al figlio e figli nascituri, i figli succedono com' eredi del padre, salvo il caso di un' opposta dichiarazione. (19 febbraio 1831. — Pugliese e di Matteo).

La Corte Suprema osservò, che quando il padre contratta per sè e pe'figli, del pari che quando gli si dona nello stesso modo, i figli non acquistano simultaneamente col padre, ma *ordine successivo*, e come eredi del padre. Che questa è stata la teoria del foro e de' giurisperiti, per la quale i figli sono stati ammessi sempre com'eredi del padre, e quindi tenuti a'suoi debiti. Che questa regola soffre eccezione solamente quando è espressa dal disponente una volontà contraria.

91. La donazione fatta allo sposo nel contratto di matrimonio, ancorchè questo ne fosse stato causa finale, non si rivoca, se il matrimonio si sciolga per morte dell'altro sposo senza figli. Ed il patto riversivo pel caso, che il donatario premorisse alla sposa, non ha effetto se premuoia la sposa allo sposo donatario, e questo con seconda moglie procrea de' figli. (23 gennaio 1827. — Corrado e Corrado).

La C. Suprema osservò, che in quella donazione il matrimonio non era causa finale, ma impulsiva, ritenendo per la prima quelle, senza di cui non si sarebbe fatta la donazione, e che regolarmente si manifestano sotto la forma di condizione. (LL. 2, § 7 ed ult. e 3 D. *de donat*). Che il trovarsi scritta la donazione in un contratto di matrimonio non fa supporre, che questo ne sia stata la causa finale, e che anzi è di regola, che lo scioglimento del matrimonio, nel cui contratto la donazione è contenuta, non ne fa cessare gli effetti. (Fabbro Codice, lib. 8.° tit. 37 *de donat. que sub modo, defin.* 1, n.° 3 *in allegatis. De Luca in summ. de donat. n.*° 75). Che quando nel donare concorsero più cause, tra le quali il matrimonio, questo non si è mai riputato causa finale. Che anche nella ipotesi, che il matrimonio fosse stata causa finale, questa ebbe il suo effetto, non appena il matrimonio fu contratto, nè il sopravvenuto scioglimento del matrimonio la fa rimanere priva di esecuzione. — Che preveduto il caso della premorienza del donatario senza figli, non poteva tenersi verificato, quando invece era morto il coniuge del donatario, e questo da un secondo matrimonio aveva avuto più figli.

92. — La donazione e contemplazione di matrimonio, anche impropria, non è caducata con la premorienza del donatario senza prole al donante, quando è seguito il matrimonio. (14 luglio 1827. — Capece e Capece).

La Corte Suprema osservò, che anche considerata la donazione, risolvendosi essa in un contratto oneroso, *aut ob causam aut ob rem*, come dalle leggi 52, D. *de condict. indeb.*, e 19, § 6, D. *de donat.* non vi sarebbe luogo alla caducazione per la premorienza del donatario al donante, perchè consumata la donazione con la

Digitized by Google

condizione del matrimonio, da se si trasferisce nell'erede del donatario come si trasferisce il dominio di ogni altra cosa di sua proprietà.

93 Nelle donazioni a contemplazione di matrimonio i figli nascituri non succedono alle cose donate, che non la qualità ereditaria del padre, tranne se apparisca chiaramente la chiamata come figli e non come eredi; quindi non possono a nome proprio agire contra i terzi possessori dei beni donati, e come eredi osta loro il fatto del proprio autore. Maggiormente se agiscono dopo sciolto il matrimonio (20 novembre 1828.—Mastronicola ed Ariani).

La Corte Suprema osservò essere noto, che dopo lunga discettazione invalse nell' antico foro la teoria ritenuta poi da una costante giurisprudenza, di non succedere altrimenti i figli nascituri nelle cose donate, che con la qualità ereditaria del loro genitore, tranne alcuni pochi casi di eccezione, in cui appariva chiaramente la volontà, che dovessero succedere come figli e non come eredi.

94 La donazione di un fondo fatto a contemplazione di matrimonio al figlio e figli nascituri da tal matrimonio, è donazione tra vivi e non già a causa di morte, nonostante le espressioni di dover aver effetto dopo la morte del donante, e che allora solamente il donatario doveva avere la proprietà e l'usufrutto. — Nè può ritenersi come istituzione contrattuale. — Ed essendosi fatta nel 1808. non può dirsi inefficace per mancanza di trascrizione. (27 novembre 1808—Passamonti e Novelli).

La C. Suprema osservò, che la donazione in discorso non fu a causa di morte nè successione contrattuale; non la prima, perchè il donante disse chiaramente di donare sin d' allora per titolo di donazione irrevocabile tra vivi, e se aggiunse da dover aver luogo dopo della sua morte, con ciò altro non volle dire, se non di ritenere per se l' usufrutto della cosa donata; che se inoltre usò la espressioni di riceversi la cosa donata in proprietà ed in usufrutto dopo la morte di esso donante, con ciò intese parlare del possesso materiale e della percezione de' frutti. Non fu instituzione contrattuale, perchè questa si ha, quando in generale il donatario riceve una porzione de' beni, che il donante sarà per lasciare alla sua morte senza specificarsi tali beni e senza trasferirsi nel donatario con lo stesso atto la proprietà, mentre per l' opposto si ha la donazione tra vivi, quando nel momento si trasferisce la proprietà di un fondo certo e determinato, ed irrevocabilmente. — Che per ultimo non ostava la mancanza di trascrizione, perchè questa venne prescritta nel 1809, mentre la donazione era stata perfezionata nel 1808; nè la legge ha effetto retroattivo.

94 Una donazione a contemplazione di matrimonio fatta dal padre al figlio ed a' figli maschi nascituri, chiamativi come figli e non com'eredi, racchiude una sostituzione fedecommessaria, abolita dalle leggi in vigore (30 settembre 1845 —Parziale, Galeota, e Conditiia).

La Corte Suprema osservò, che sebbene la donazione in disputa si vedeva fatta direttamente a' figli maschi nascituri, pure i giudici del merito l'avevano ben ritenuta fatta con ordine successivo, prima allo sposo donatario e poi a'figli di costui, tra perchè i figli non si possono considerare copulativamente col padre chiamati al dono, essendo incapaci di acquistare in tempo della donazione, e perchè nell' ordine delle affezioni viene prima il figlio e poi i nipoti. Per lo che in questi casi la particella congiuntiva si risolveva in disgiuntiva, ed importava un ordine successivo di chiamata. (De Marinis Lib. 1, Risol. 89) — Che la cautela di Molfesio non influiva nell' ordine delle chiamate, ma aveva il solo effetto di sottrarre i figli dalla obbligazioni de'loro genitori. — Che perciò il padre dovendo conservare e restituire a' soli figli maschi, si verificava la sostituzione fedecommessaria.

95. La donazione fatta sotto l' impero del dritto antico a contemplazione di matrimonio dall' avo al nipote e figli nascituri, pe' quali ha accettato il notajo, contiene un fedecommesso, abolito non la legge del 1807 (27 febbr. 1847. — Galdi e Galdi).

La C. S. osservò, che essendo fatta la donazione al padre ed a' figli nascituri, non poteva sostenersi l' idea di usufrutto formale a favore del padre e di proprietà a' figli. — Che la donazione direttamente fatta all' uno ed agli altri, debba intendersi con ordine successivo e non simultanea, perchè la proprietà de' beni non può acquistarsi da esseri incerti e non ancora esistenti, nè rimanera sospesa sino al verificarsi della loro esistenza, e quindi non altrimenti potevano i figli nascituri fruire del dono, che acquistandosi prima del padre intieramente, e da lui poi ricevendolo alla sua morte; vale a dire per fedecommesso. Al che si aggiunge la considerazione ricavata dall' ordine naturale delle affezioni, nelle quali il figlio preceda i nipoti.

96. La donazione fatta dal minore per causa di matrimonio alla futura sposa non nel

contratto di nozze, ma con atto separato, in cui non è intervenuta la donataria per accettarla, seguito il matrimonio, non può attaccarsi di nullità, perchè non racchiusa nel contratto di nozze, e non accettata espressamente (27 luglio 1847. — Crogooli e Golino).

La C. Suprema osservò, che le regole generali, dettate dal legislatore per le donazioni tra vivi, cessano nel caso, in cui si tratta di donazioni a contemplazione di matrimonio, il cui favore ha fatto introdurre le disposizioni eccezionali de' capitoli 8.° e 9.° del Lib. 3.° delle Leggi civili, fra le quali la capacità del minore di potere donare al suo sposo per contratto di matrimonio con l'assistenza di coloro, il cui consenso è necessario pel matrimonio. — Che tali favori risguardano unicamente l'oggetto del matrimonio, ed hanno luogo in qualunque modo si facciano, sia con contratto di matrimonio, sia con atto separato, purchè abbiano per obietto l'unione coniugale. — Che sta nel carattere distintivo di simili largizioni la sola contemplazione del matrimonio, sì che l'art. 1043 le dichiara caduche, se il matrimonio non segue; e sarebbe assurdo proscriverle, se non vi è contratto di matrimonio. — Che a ciò concorre lo spirito non meno, che la lettera della legge, giacchè l'indicazione *per contratto di matrimonio* esprime a sufficienza provvedersi alle donazioni fatte a contemplazione di matrimonio, in cui il fine, l'oggetto, l'occasione sia il matrimonio, o che facciano parte oppur no de' patti nuziali. — Che ove la forma è di rigore, e l'adempimento di un atto dev' essere fatto in un modo piuttosto, che in un altro, ciò dev' essere espresso, mentre in contrario ritornano i modi generali sanciti per tutt' i contratti. Per ultimo, che se le donazioni in discorso sono perfette con la sola celebrazione del matrimonio, in essa sta l' accettazione.

97. Una donazione tra vivi di beni presenti e futuri fatta nel contratto di matrimonio agli sposi con trasferimento della proprietà non si può confondere con la disposizione contemplata nell' art. 1040 LL. civili, sol perchè nell'atto stesso si trovi unita la donazione de' beni futuri (20 dicembre 1849. — Di Lascio e Vitarella).

98. 1. La donazione a contemplazione di matrimonio fatta nelle tavole nuz ali sotto l' impero delle leggi antiche, poteva rimanere modificata mercè contro-scrittura passata tra il donante e lo sposo donatario, quando i figli nascituri non vi erano direttamente chiamati, e non si rendeva deteriore la condizione della dote.

2. Nella donazione a contemplazione di matrimonio i figli nascituri non si riputavano direttamente chiamati *ex propria persona*, quando mancava la cautela di Molfesio, nè lo sposo donatario o il notajo accettava per essi come figli. Quindi com' eredi del padre profittavano de'beni donati, se li trovavano esistenti nella eredità (30 settembre 1850. — Castollo e Pescarini).

Sul primo capo la C. Suprema considerò, che in fatto di controscritture non bisognava confondere l' interesse de' contraenti con quello de' terzi. Che relativamente a' primi la controscrittura ha piena efficacia, dappoichè se l' apparenza prevalesse sulla realtà, mancherebbe il consenso, e la convenzione perciò sarebbe nulla. — Che relativamente a' terzi vale la massima *inter alios res gestas, aliis non praejudicium facere* ; (L. 1, C. *inter alios acta, aliis non nocere*). Epperò se un dritto trovasi stipulato a loro favore, esso non può rimanere pregiudicato senza il loro consenso.

Che questa massima applicavasi anticamente anche alle controscritture riguardanti le convenzioni matrimoniali ; specialmente per le doti promesse *ad pompam*. Per lo che le convenzioni espresse ne' capitoli matrimoniali rimanevano modificate dalle controscritture nell'interesse di coloro, che in queste avessero avuto parte, serbando la loro efficacia per gli altri non intervenuti. Che non era vietato di modificare i patti dotali, purchè la dote non ne scapitasse : l. 7, 12, §§ 1 e 2, D. *de pactis dotalibus*, e 7, C. *de jure dotium* ; e che perciò in mancanza di un dritto proprio, che rimanga leso, mal si impugna l' efficacia della controscrittura.

Che non era nella specie applicabile l'art. 1350 delle Leggi civili, trattandosi di una quistione da risolversi co' principî del dritto antico, sotto del quale sono avvenuti i fatti, che la fan sorgere.

Sul secondo capo considerò, che secondo la purità de' principî legali non poteva farsi direttamente donazione tra vivi a' figli nascituri, poichè l' attuale ed immediato trasferimento della proprietà esige il concorso del donante e del donatario, mentre i figli nascituri nè esistono, nè è certo, ch'esisteranno. Sì che il dritto nuovo e l'antico sono di accordo nel volere, che per ricevere una donazione, bisogna almeno essere concepito nel momento di essa (Art. 822 Leggi civili; — leggi 7 e 26 D. *de statu homin.*).

Che nonpertanto nel favore del matrimonio era invalsa la teoria di potersi di-

Digitized by Google

rettamente donare a' figli nascituri, ma perchè questi si riputassero chiamati *ex propria persona* era d'uopo la dichiarazione di volersi donare allo sposo ed a' figli nascituri copulativamente, e che lo sposo donatario o il Notaio accettassero il dono pe' figli nascituri, come figli e non com' eredi del padre, il che costituiva la cautela di Molfesio. In mancanza di ciò i figli non acquistavano alcun dritto proprio, e profittavano eventualmente de' beni donati com' eredi del padre. (De Marinis *Resolution. juris*, lib. 1, cap. 89).

99. La donazione tra vivi, quantunque fatta nel 1832 a contemplazione di matrimonio, non conferisce a' figli nascituri alcun dritto proprio, a menochè non siano espressamente contemplati. Tranne tal caso, i figli ed eredi del donatario non possono impugnare la retrocessione del dono, che il donatario, padre loro, facesse al donante (8 marzo 1851. — Ravaglia e Ciani).

La donazione era stata fatta nel 1832 dal fratello al fratello in contemplazione del matrimonio del donatario, e per sostenerne decentemente i pesi. Due anni dopo della donazione vennero retroceduti i beni donati per il prezzo di ducati 4000. Dopo la morte del donante e del donatario i figli di costui impugnarono la retrocessione.

La C. Suprema osservò, che le donazioni tra vivi, quantunque fatte a contemplazione del matrimonio, non conferiscono dritto proprio a' figli nascituri, se non quando vi sono espressamente contemplati (Art. 1003 e seg. delle Leggi civili).

100. — La donazione per causa di matrimonio fatta da un minore legalmente assistito, contenuta in un atto, nel quale il donatario non è intervenuto, seguìto il matrimonio, non può essere impugnata dagli eredi del donatore per mancanza di accettazione.

La C. Suprema osservò, che le parole *per contratto di matrimonio*, che si leggono nell' art. 1042 delle Leggi civili, non vanno intese nel senso delle tavole nuziali. Che le disposizioni dettate dal favore del matrimonio, mirano ad esso, che si propongono come *obietto* e non al *modo* Che nelle cose favorevoli si deve interpretare largamente. Che la disposizione delle nostre leggi civili è tratta dal Codice francese, pel quale il matrimonio essendo un contratto semplicemente civile, non vi era veruna ragione per ritenere, che la parola contratto usata in quell' articolo si riferiva piuttosto alle tavole nuziali, che al contratto stesso del matrimonio. Che anche presso di noi il matrimonio è ritenuto come sagramento e come contratto, e sotto di questo secondo aspetto è considerato nell' art. 1352 delle Leggi civili. Che quando il legislatore allude allo stipulato, usa le parole *convenzione matrimoniale*, ovvero adopera la voce *nel* precedente a quella *contratto*, come negli articoli 1352, e 2021; 1048, 1263, 1350, 1366, 1374, 1377, e 2034 Leggi civili; — e quando allude al matrimonio, usa la frase *per contratto di matrimonio*, come tra l' altro negli art. 1037, 1046, 1047, e 1049 leggi civili.

Che per effetto di queste considerazioni restava chiaro, che le donazioni, di cui parla l' art. 1042, sono quelle fatte *per causa* di matrimonio, anzichè quelle che si contengono nel contratto nuziale. Che non osta a tale teoria l'osservazione, che potendosi la donazione contenere in un atto diverso dalle tavole nuziali, in cui il donatario non sia intervenuto, si verificherebbe una donazione, che non avrebbe neanche l' accettazione implicita del donatario. Dapoichè la donazione implicita si trova indubitatamente nel matrimonio, ch' è la condizione della donazione. Che non vale neppure il dire, che la donazione potrebb' essere o ignota o gravosa al donatario, dapoichè non è presumibile, che chi fa un atto di beneficenza, non procuri di renderlo noto al beneficato, ed il donatario può ben manifestare il rifiuto nell' andare a contrarre le nozze di accettare la donazione, se la crede onerosa.

DONAZIONE INDIRETTA.

101. Le donazioni indirette sono valide, ancorchè non abbiano le formalità prescritte per le donazioni dirette, e sono riconosciute dalle nostre leggi civili (20 giugno 1850; — De Petra e de Ley).

La C. S. osservò potersi fare indirettamente tutto quello, che direttamente si può fare. Essere le donazioni indirette riconosciute dagli artic. 762, 772. ed 827 delle Leggi civili, e dall' art. 1053, che espressamente le permette tra coniugi. Trovarsi esempi di donazioni di tal fatta nel dritto romano, leggi 31, § 1; 34 D. *de donat.*; 6, C. *de donat.*; 5, § 6 D. *de donat. inter vir. et uxor.*, e 3 § 1, D. *quae in fraud.* Essere le solennità correlative alla forma degli atti, epperò le donazioni indirette dover riunire le forme de' contratti, di cui vestono la sembianze.

102. Nelle donazioni tra vivi fatte sotto l'impero dell'antica legislazione, la quota disponibile deve misurarsi con la Novella 92

cap. 1. di Giustiniano e non con la legislazione nuova.

La C. S. osservò, cha la donazione tra vivi essendo un atto compiuto ed eseguito nel momento, in cui è fatto, giacchè da quel momento il donante si spoglia della proprietà della cosa donata, e la trasferisca nel donatario, ed essendo irrevocabile, deve regolarsi con le leggi in vigore nell'epoca, in cui fu fatta, ed essere soggetta a riduzione sino alla concorrenza della legittima del dritto antico e non del nuovo. Cha perciò non si dubitava più. doversi queste controversie decidere con la Novella 92, ch'era la legge in vigore nel tempo del contratto, e che facendo altrimenti, si darebbe alla legge un effetto retroattivo.

103 I doni manuali. qualunque ne sia il valore, possono validamente farsi sotto le leggi attuali Quelle di oggetti puramente mobili sono dispensate da ogni formalità di scrittura (20 giugno 1850 — De Petro e de Ley).

La C. S. osservò, che donazioni di tal fatta, comechè si compiono, si perfezionano, e si consumono mercè la tradizione reale, sono dispensate da ogni formalità di scrittura. Che ad esse non è applicabile l'art. 885 delle Leggi civili, perchè si effettuiscono con la tradizione *brevi manu*, e che relativamente ad esse la proprietà si trasferisce con la effettiva tradizione. ***Nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium trasferre, ratam haberi; et ideo eujuscumque generis sit corporalis res, tradi potest, et a domino tradita alienatur***; § 39 ***Instit., De divis. rerum et adquir. ipsar. dominio.*** Che anche per le nuove leggi la tradizione è un modo di acquistare la proprietà dei mobili giusta l'art. 1095 delle leggi civili. Che l'art. 787 nel supporre la validità della donazione e nell' ordinara la collazione de' mobili non stimati accenna evidentemente a' doni manuali, giacchè se fossero fatte con atti, e mancassarò dello stato estimativo, sarebbero nulle. Che la tradizione è il modo, il possesso e il titolo, e cha da tali teorie non si debbono sottrarre nè il denaro, nà gli effetti pagabili al latore, dapoichè la disposizione dell' art. 2185 deva ricavarsi dal motivo, che i mobili non sono capaci d'ipoteche, non lasciano traccia di se nel passara da mano a mano, ed ancha per rendere più facili e sicuri il commercio e gli usi ordinari della vita civile, il quale motivo concerne il denaro e gli effetti pagabili al latore come gli altri mobili.

DONAZIONE PER CAUSA DI MORTE.

104. Le donazioni a causa di morte, fatto sotto l'impero delle leggi antiche, non hanno ricevuto alterazione dalle leggi nuova. Differenze tra' legati e le donazioni a causa di morte (10 febbraio 1827. — Vigo e Vigò).

La C. S. osservò, che ogni atto perfetto, che ha forza per se stesso, e che vale secondo le leggi del tempo, in cui fu fatto, non perde gli effetti legali, se le leggi susseguenti lo vietano, o non lo riconoscono. Che questa regola vale pure per gli atti condizionali, ed anche per le donazioni a causa di morte, le quali sono perfette, quando si fanno, e possono solo risolversi sotto la condizione della mutata volontà de' donanti: (leggi 13 e 35 *de mortis causa donat.*)

Cha le donazioni *causa mortis* possono impugnarsi per la espressa e per la presunta volontà del donante, ma non ogni vaga e generale clausola rivocatoria vale per una espressa rivocazione. Che le donazioni a causa di morte assimilate a' legati quanto al non trasporto della proprietà prima della morte del donante ed alla rivocabilità, non sono meno contratti in quanto alla loro perfezione, sia che non dipendono dall'adizione di eredità, sia che domandano la capacità del donatario così nel dì della donaziona come in quello della morte del donante, sia cha si trasmettono agli eredi, sia che in fine esigono la presenza di ambedua le parti.

Cha intorno alla presunziona del cambiamento di volontà dovevano seguirsi le regole seguenti: 1.° Ogni pruova di cangiata volontà appartiene all'erede; 2.° Cangiare la forma della disposizione non importa togliera il legato; 3.° Non si presuma un legato essere dato in compenso di ciò, che già si doveva per causa onerosa o lucrativa: 4.° Nelle donazioni *causa mortis* il donante preferisce se al donatario, ma preferisce questo all'erede; 5.° Finalmente, mostrarsi più benefico con una seconda liberalità non vuol dire rivocare quella già fatta.

DONAZIONE RIMUNERATORIA.

105. È donaziona rimuneratoria compensativa e non già semplice, quella nella quale il donante dichiara di avera ricevuto dal donatario diverse somme, e di averne questi pagato alcune oltre per conto di esso donante; di avergli inoltre resi rilevanti ed utili servigi, e che per estinguere tali obblighi faceva la donazione (23 decembre 1847. — Parisi o Mele.

La Corte Suprema osservò, che la ma-

Digitized by Google

nifestaziona di tali obblighi nella dooazione non era da ritenersi come atto di convenieoza a di gentilezza, perchè le contrattazioni non sono atti di cerimooia a di buona creanza, ma iogeoerano obblighi, che bisogoa adempire; oè poteva esigersi la specificazione de' servigi resi e delle somme pagate, perchè la legge non lo prescrive; mentre d'altroode oegaodosi fede alla donazione, ch'era un atto anteatico. si ara violato l'art. 1272 delle Leggi civili.

DONAZIONE TRA CONJUGI.

106. Le donaziooi tra coojugi per essere valide hanno bisogno di accettazione espressa (16 febbraio 1826. — Giusti e Stiletti)

La donazione era stata fatta oel 1795 sensa l'intervento della donataria, cha ooo l'accettò in verun' altra guisa.

La C. S. osservò, che comunque le donazioni tra coniugi, sempre rivocabili in vita del donante, rimangooo ferme nella sua morte, se ooo sono state rivacate, pure richiedesi sempre, che l'atto per esser valido sia perfetto da tutt' i lati. Che se Giustiniano col capo 1° della Novella 162 esentò tali donazioni dalla necessità della tradizione, volle, che *perfecta omnia se habent, quae ad talem donationem pertinent*. Che in niun loogo si leggeva la dispensa dalla oecessità dell'accettazione, e che lo stesso era per la nuova legislazione.

107. È valida la donazione reciproca tra coniugi fatta in un medesimo istromento nel 1804 con le formo di quel tempo, benchè l'effetto si verifichi sotto l'impero delle leggi attuali (3 settembre 1829. — Talamo e Perrone).

La C. Suprema osservò, che sebbene le donazioni tra coniugi come i legati e la donazioni *causa mortis* haono bisogno di essere confermate col silenzio del dooante, pure quando tale conferma si verifica, *ad illud tempus referatur quo donatio conscripta est*. Sicchè sono valide comunque risolubili, a se il donante muoja senza rivocarle, la condizione retroagisce alla data dell' atto.

108. La moglie può rivocare la dooazione fatta al marito seoza la di lui autorizzazione (28 agosto 1830. — Allegrande, Califaoi ed altri).

La C. Suprema osservò, che per dritto romano le donazioni tra cooiugi rimanevano efficaci solamente quando al pari dei legati il donante persisteva nella volontà di donare fino alla sua morte, e che anzi, potevano anche i suoi eredi rivocare la donazione, ove chiarameote appariva essersi cambiata la sua volontà mentr' era in vita (L. 32, § 3 e 4, D., *de donat. int. vir. et uxor.*). Cha per dritto nuovo la disposizione era testuale.

109. La donazione tra coniugi durante il matrimonio, ove non si rivochi, dev'esser eseguita, qualunqua ne sia la qualifica (27 agosto 1831. — Jannelli a Maocioi).

La donazione era stata fatta nel 1823 dal marito alla moglie. Si disputava, se fosse tra vivi o a causa di morte. — La C. Suprema osservò, che l'atto noo mancava delle forme delle donazioni, ed era stato sempre rispettato dal marito, siochè era vivuto. Che perciò era supervacua la discussione se fosse donazione tra vivi o a causa di morte.

DONAZIONE TRA VIVI.

110. Nello donazioni tra vivi si trasferisce il dominio nel donatario anche senza dell'accettazione, a quelle per le quali il donaote ritieoe l'usufrotto sua vita durante, oon hanno bisogno di uaa formale tradizione. Esse non rimangono distrutte da un testamento posteriore, benchè fatto aoteriormente all' accettazione, se non contiene rivocazione di detta donazione. (11 di agosto 1821. — De Arcangelis o Talli).

A' 2 di ottobre 1809 D. Silvestro de Arcangelis donò irrevocabilmeote tra vivi a D. Arcangela de Arcangelis sua nipote tutt' i suoi beni, donazione, che confermò agli 11 di genoaro 1814. A'21 dello stesso mese il donante con testameoto olografo istituì suo arede D. Giuseppe de Arcangelis. Ai 30 del medesimo mese la donataria accettò la donazione che fè intimare a' 14 di febbraio, ed a'28 detto, fè fare la trascrizione. Avveouta la morte del donaote, fu chiesta la nullità della dooasione, che i giudici del merito dichiararono.

La Corte Suprema osservò, che la donazione accettata è perfetta col solo consenso delle parti, e la proprietà si trasferisce nel dooatario senza bisogno di formale tradizione. (Art. 938 Cod. civ. — LL. 35 a 37 Cod. *de donat.*) Che nel testamento non si faceva parola di detta donazione. — Che il dominio della cose donate si trasferiva nel donatario aoche senza dell' accettazione, poichè le donazioni *ea mente fiunt, ut statim velint accipientis fieri, et nullam aliam causam habent, quam liberalitatem et munificentiam.* (L. 1, D., *de donat.*).

111. È valida una donazione tra vivi a contemplazione di matrimonio fatta con alberano, la cui minuta resti presso del Notajo, ad onta del non intervento del giudi-

ce a contratti (1° decembre 1821.—Doria e Palmieri).

La donazione era stata fatta a' 16 di febbraio 1809 con un atto qualificato *albarano da valere come pubblico e solenne istromento*. Era stato stipulato da un notaio, e rimastane presso di lui la minuta.

La C. Suprema osservò, non poter essere quella donazione regolata dalla legge sul notariato, non ancora pubblicata, ma dalle Prammatiche 14 e 15 *de Notariis*, e che la mancanza del giudice a contratti non era da esse dichiarata causa di nullità.

112. Non può ritenersi come donazione tra vivi, ed è perciò rivocabile quella donazione, che benchè fatta con atto irrevocabile tra vivi, vi è però detto, che la proprietà de' beni donati si trasmetterà nel donatario dopo la morte del donante, e ciò oltre il patto di riversione da' beni donati apposto pel caso di premorienza del donatario.—Le parole messe nell'atto di donazione di essere il donatario *presente ed accettante* non equivalgono all' accettazione del dono, che il donante ha prescritto doversi fare in termini espressi (1° decembre 1825.—Manzo e Muci).

La donazione era stata fatta nel maggio 1814 con atto *irrevocabile tra vivi da ora per allora, seguita la morte* della donante al donatario *presente ed accettante*. Si disse, che la proprietà s' intendesse trasferita nel donatario, subitochè la donataria se ne trapassava, ed aveva il donatario accettata in termini espressi la donazione. Fu apposto il patto di ritorno per la premorienza del donatario. Il 4 di marzo 1815 fu accettata la donazione in termini espressi, ma l' accettazione fu intimata il giorno 6; frattanto il giorno 5 la donante rivocando con atto autentico la donazione, aveva venduto taluni dei fondi donati.

La C. Suprema osservò, che dall'atto di donazione chiara appariva la volontà della donante di volere ritenere presso di sè il dominio de' beni, che intendeva donare, e di spogliarsene nella sua morte. — Che tale idea, che formava la sostanza dell'atto, non poteva essere nè alterata, nè distrutta dal patto di ritorno, stipulato per la premorienza del donatario. Che con pari chiarezza volle la donante, doversi accettare in termini espressi la donazione, il che non veniva supplito dalle semplici parole *presente ed accettante*, messe in principio dell' atto.

113. Una donazione del 1809, di cui si esibisca copia, mentre manca l'originale in protocollo, non riportata nell' elenco depositato nella Camera notariale, e non sottoscritta dalle parti, è nulla, e non può servire di base alla prescrizione di 10 e 20 anni (21 novembre 1826. — Faccona, Lanni, a Pettofrezza).

La C. Suprema osservò, che per l'articolo 931 del Codice civile, imperante nel tempo, in cui fu fatta la prima donazione del 4 marzo 1809, che mancava nel correlativo protocollo e nell'elenco degli atti depositati nella Camera notariale, e che non aveva neppure la sottoscrizione delle parti, era nulla non meno la detta donazione, che il posteriore istromento de' 4 dicembre 1809, mancante della soscrizione de' donatari, e della menzione di non saper eglino scrivere.

114. Colui, che sotto l'antico dritto donava tutt' i suoi beni, e si riserbava di disporne di una terza parte, se non ne disponeva, la parte non disposta apparteneva al donatario (21 luglio 1829 — Palmisani e Covone).

Il canonico Famiglietti, sotto l'impero del dritto antico, aveva donato tutt'i suoi beni, riservando soltanto a sè stesso e non ad altri la facoltà di disporre per atti tra vivi o di ultima volontà della terza parte di detti beni, che aveva già donati. — Morì senza disporne. Sorse la quistione, se quella terza parte doveva riputarsi donata. La C. S. osservò, che nel sistema delle leggi latine era donazione anche quella, nella quale si donava in modo, che comunque ne divenisse immediatamente proprietario il donatario, pure poteva con l' avveramento di qualche condizione cessare di esserlo. Che tal' e a la donazione in quistione, nella quale il donante non aveva detto di fare la donazione de' suoi beni stabili ad eccezione di una parte qualunque di essi, ma di donarli tutti, stipulando bensì una condizione, verificata la quale, una parte della proprietà de' beni donati, sarebbe stata tolta al donatario Che non essendosi usata la facoltà riserbata, la condizione non si era verificata a danno del donatario; e che non poteva applicarsi l' articolo 870 delle Leggi civili, perchè non poteva avere forza retroattiva.

115. Quando dal contesto di un atto si rilevi il trasferimento del dominio, ancorchè non adoperata specificatamente la parola *donare*, si ha sempre una donazione pura (14 luglio 1827. — Capece e Capece).

In occasione del matrimonio di un suo figlio il padre aveva detto : — « Sin da « ora e per quando sarà contratto il detto « matrimonio fra detto suo figlio e la si-

« gnora D. Rosa liberamente e graziosa-
« mente dà cede ed assegna a detto suo
« figlio D. Domenico presente ed accet-
« tante moggia..... » ec. — Vi era detto ancora, che durante la coabitazione degli sposi col disponente la rendita del fondo, di cui si disponeva, dovesse andare a beneficio di esso disponente; inoltre vi era l'obbligo di conferire nel caso, che si credesse leso la legittima de' successibili.

La C. S osservò, che nella classificazione degli atti il vero senso deve raccogliersi da tutto il loro contesto, e dall'insieme dalle clausole in esso contenute, interpretata in conformità dell'oggetto principale dell'atto. Che il patto di doversi percepire dal disponente la rendita del fondo durante la coabitazione con lui degli sposi, e l'obbligo di conferire nel caso preveduto, indicavano necessariamente la trasmissione del dominio nel donatario, per lo che l'atto fu rivestito di tutte quelle condizioni, che non possono corrispondere, che alla donazione.

116. Non è di pregiudizio all'azione per la invalidità di una donazione, il giudizio per la divisione introdotto con riserva di ragioni (1 marzo 1828. — Scala ed Argenziano).

In decembre 1816 si era dimandato di dichiararsi nulla, o almeno rescissa per dolo, una precedente donazione tra vivi di beni immobili. Posteriormente l'attore per mettersi in possesso di una parte dei beni, ch'erano in comune con quelli donati, ritenendo ipoteticamente valida la donazione, sollecitò la divisione, senza pregiudizio però dell'azione di nullità già istituita. Da ciò si ricavava una eccezione d'inamessibilità di quell'azione.

La C. S. osservò, che l'acquiescenza prestata dall'attore alla sentenza, che aveva ordinato la divisione, ritenendo valida la donazione, non gli precludeva l'adito a proseguire il giudizio di nullità, comechè quell'acquiescenza era relativa alla divisione de' beni, ch'era stata dimandata senza pregiudizio dell'aziona di nullità, la quale pure era già stata spiegata.

117. È inefficace la donazione di un genitore a favore di suo figlio, fatta espressamente per collocarlo, se nel fatto non si vede poi collocato (4 settembre 1845. — Caracciolo di S. Vito, Scippa ed altri).

Con una donazione de' 27 di luglio 1830 una madre aveva donato a suo figlio una parte delle sue doti per collocarlo. Questa donazione venne impugnata, perchè nel fatto nessun collocamento si era verificato.

La Corte Suprema osservò, che ammesso, che per l'art. 1369 delle Leggi civili la madre possa con l'autorità del marito dare i suoi beni dotali per collocare i figli comuni, è però indispensabile, che il collocamento siasi effettivamente verificato. Che i precetti della legge debbono eseguirsi nel fatto e non ne' detti, e che però non basta di affermare di donarsi per collocare un figlio, ma è d'uopo inoltre, che dell'atto stesso risulti, esserglisi realmente procurato un collocamento. Che se la specie di collocamento è abbandonata all'arbitrio del padre, esso, qualunque sia, deve però sempre essere reale, altrimenti sarebbe facile alla donna maritata di violare congiuntamente al marito il precetto della inalienabilità del fondo dotale.

118. Non è valida una donazione fatta nel 1812 con foglio sotto firma privata, quantunque ratificata con atto autentico avanti notaio nel 1818 (13 novembre 1845. Piscione, Serio, e Cassa di Ammortizzazione).

La donazione era del 1812, ed era stata ratificata nel 1818 con le parole *ratificano ed omologano* la precedente donazione fatta nel 1812 con scrittura privata.

La C. S. osservò, che in generale, non essendo dubbia la nullità della donazione del 1812, la ratifica non poteva sanarne la nullità, se non quando vi fosse stata espressa la sostanza dell'obbligazione, il motivo dell'azione di nullità, e la volontà di correggerne il vizio: le quali cose tutte mancavano nella ratifica in esame. Che nel particolare poi la donazione nulla non può essere ratificata, ma deve farsene una nuova.

119. È nulla la donazione tra vivi, la cui minuta si presenta dal donatario alla Camera notariale dopo cinque anni dalla sua data, non registrata, non segnata nel repartorio dal notaio stipulatore, e non messa in protocollo (26 gennaio 1847. — Leuzzi e Leuzzi).

La donazione aveva la data de' 19 di aprile 1827, e fu presentata dal donatario alla Camera notariale nel 1831. Mancava della firma del donante, che si diceva, non sapere scrivere, e di tutte le altre forme dette di sopra.

La C S. osservò che l'art. 855 delle Leggi civili colpiva di nullità la donazione, quando la minuta non rimaneva conservata presso il notaio stipulatore. Che i giudici del merito rilevando anche gli altri vizi dell'atto, bene avevano dichiarata nulla la donazione.

120. La donazione col divieto di alienare si risolve, alienandosi i fondi donati. (8 febbraio 1849. — Taccone e Franco).

La donazione era stata fatta nel 1805

col divieto di alienare, ed alienandosi i beni donati, dovevano passare a' figli nascituri del donatario che rimanevano chiamati *ex propria persona*. Nel 1819 seguì un'alienazione.

I Giudici del merito e la C. S osservarono, che l'alienazione aveva fatta verificare la condizione risolutiva, rimesse le cose nello stato primitivo, come se il dono a pro dell'alienante non fosse mai avvenuto, ed operato il passaggio del dominio ne' figli del donatario, chiamati *ex propria persona*. Che perciò trovavasi anche nulla la fatta alienazione.

Donazione universale.

121. Colui al quale viene donata la scheda di un Notajo, non è donatario universale ma particolare (20 gennaio 1846. — Di Stasio e Martinez).

Le C. S. osservò, essere risaputo per principi elementari di dritto, che le istituzioni, i legati, le donazioni allora vestono il carattere di universali, quando la disposizione riguarda la totalità o una quota parte de' beni del disponente. Che nella specie la disposizione riguardando la sola scheda, era indubitatamente a titolo particolare.

Dotazione.

122. La dotazione fatta con iscrittura privata a favore di una Chiesa o di altro Corporazione ecclesiastica è invalida (4 aprile 1848. — De Magistris e Mantellate scalze di Napoli) *Camere riunite*.

Suor M.ª Giuseppa Crosta aveva voluto fondare un Monistero, pel quale aveva ottenuto la sovrana approvazione, e dotarlo, ma tutti gli atti, ch'ella fece a tal effetto, furono con scrittura privata.

La C. Suprema osservò, che supposto nella fondatrice del Monistero l'obbligo indispensabile di dotarlo, non ne seguiva, che la fondazione e la dotazione fossero un solo e medesimo atto, ma due atti distinti, de' quali il primo poteva essere forse atto privato, perchè vi si aggiungeva poi l'approvazione sovrana, ma non il secondo, ch'essendo una liberalità, doveva essere fatto necessariamente o per testamento o per donazione con atto autentico. Che il Concilio di Trento (Sess. 25, capo 9) aveva dichiarato, acquistarsi il padronato o con la fondazione o con la dotazione, ma con titolo autentico. Che a parte ancora la quistione, se le abolite leggi permettevano la dotazione con scrittura privata, è certo, che le attuali hanno assoggettato le donazioni agli atti autentici senza distinzione di persona, e che le Chiese e le Corporazioni sono moralmente considerate come tante persone morali, e quindi non possono acquistare, che come ogni altra persona.

Dote.

123. Comunque sia vero, che la dote estimata passa nel dominio del marito, che ne diviene debitore del prezzo, pure però per potersi dire che la dote è estimata, conviene, che del fondo dotale sia dato la libera disposizione al marito (22 gennaio 1818. — Sanseverino e Guarinelli).

La Corte Suprema osservò, che in generale la dote è di proprietà della moglie, sebbene la percezione de' frutti appartiene al marito: *Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est*. Che la dote estimata diviene del marito, come in certo modo a lui venduta, ma che per questo è necessario, che ne sia data al marito la libera disposizione, e possa egli distrarla ad arbitrio.

124. Una dote promessa dal padre alla figlia nel 1811 in conto di ciò, che potesse spettarle a norma dell'abolito Codice civile su' beni del padre dotante, s'intende costituita su' beni esistenti nel tempo dell'apertura della successione, e non nel tempo della contrazione del matrimonio. La dote promessa a chi non ha dritto costituisce una vera donazione (13 apr 1826. — Fusco e Benucci)

La dote era stata costituita sotto il Codice civile *in conto di ciò che spetta e può spettare giusta il Codice Napoleone ad essa signora D. Catterina su'beni di esso signor Pietro Benucci*.

La Corte Suprema osservò, che pel Codice civile il padre non era obbligato di dotare la figlia; quindi la dote era una vera donazione, perchè data *nullo jure cogente*. Che per determinarne la quantità bisognava vedere quello, che spettasse alla figlia su' beni del padre, e che a lei non poteva spettare, che o la virile nella successione intestata, o la riserva nella testata, ma e l'una e l'altra non si verifica, che su'beni esistenti in tempo della morte. Che anche a tenore degli articoli 1082, e 1083 Codice civile (1038, 1039 Leggi civili) dopo la disposizione fatta nel contratto di matrimonio, era permesso al donante di disporre de'beni a titolo oneroso, ed anche gratuito, però in questo secondo caso per piccole somme ed a titolo di ricompensa, e che nella specie non si diceva di avere il padre disposto diversamente.

125. La figlia, cui il padre assegnò la dote nel testamento, può agire contra l'eredità *ex testamento*, nè il Magistrato può sospendere il corso dell'azione, ordinando

Digitized by Google

l' esibizione de' capitoli matrimoniali, coi quali i fratelli assegnarono alla sorella, non intervenutavi, la dote legata. (11 febbraro 1830. — Ventrella, Riccio, ed altri).

126. Non è vietata dalla legge la donazione di parte del mobiliare dotale, che la madre col consenso del marito fa ad uno dei figli, riserbando l'usufrutto durante la vita de' genitori del donatario, senza ledere la riserva, e senza rivocare la donazione prima di morire. (19 dicembre 1846. — Messanelli e Messanelli)

La Corte Suprema osservò, che a parte la quistione, se la dote mobiliare sia inalienabile, è certo potere la moglie donare al figlio, anche senza il consenso del marito. Che i genitori che donano a' figli, ritenendo l' usufrutto loro vita durante, e col freno di non potere ferire la riserva, non alienano propriamente, ma distribuiscono i beni fra' figli secondo i loro meriti e bisogni; e che se la disposizione non è rivocata prima della morte, veste il carattere di disposizione a titolo di antiparte sul disponibile.

127. La dote costituita in soddisfazione di dritti successorî già verificati non si equipara alla donazione (16 marzo 1848.— Ranieri, Placido, ed Adorno).

La Corte Suprema osservò, che la donazione è spontanea e gratuita, mentre nella specie la dote si costituiva in soddisfazione di dritti ereditari verificati, e così certi, che si esigeva la rinunzia della dotata a' dritti medesimi.

128. Costituita solidalmente una dote dal fratello e dalla madre, quest' ultima è tenuta solamente per quanto eccede il paraggio, spettante alla donzella sull' asse paterno. (1° aprile 1848. — Roccapianola e Giraci).

La dote era stata costituita sotto l' impero del dritto antico. La Corte Suprema osservò, che per la Legge 7 C. *de dotis promiss.*, *omnino paternum est officium dotem pro sua dare progenie*. Che la consuetudine *si constante matrimonio* ed il decreto de' 15 di dicembre 1834 riguardavano il caso della dotazione fatta dal padre e dalla madre in costanza del matrimonio, mentre nella specie la dote era costituita dal fratello sul retaggio paterno, e dalla madre, che non si obbligava nel fatto, che in supplemento.

129. La dote promessa dal padre sotto l'antico regime nulla ha di comune col paraggio, ma è un credito, che aveva bisogno d' inscrizione, nonostante la registrazione nell'Archivio generale. (17 febbraio 1849. — Migliaccio e Giraldi).

Il padre nell' andare a marito la figlia le aveva costituito le doti, ed il contratto era stato registrato nell'Archivio generale. Aperta la successione sotto l'impero della nuova legislazione, la dotata dimandava una ragione di privilegio come pel paraggio.

La Corte Suprema osservò, essere il paraggio quel tanto, che i figli maschi, soli eredi del padre in virtù della costituzione, dovevano alla sorella in compenso dell'esclusione dalla successione, epperò stava in certa guisa in luogo della quota ereditaria. Che la successione si era aperta sotto l' impero della legislazione nuova, e la dote perciò non era, che un dritto di credito, che per avere ipoteca avrebbe dovuto essere inscritto a' termini della Legge transitoria del 1809, nonostante la registrazione nell'Archivio generale.

Vedi *Accettazione*.

Ecclesiastico.

130. L'incapacità degli ecclesiastici assistenti nell'ultima malattia non si estende a'Corpi morali, a'quali appartengono. (1° agosto 1848. — Magliano e Petrosino).

La Corte Suprema osservò, che le incapacità non possono estendersi per induzione, sia qualunque la forza dell' analogia. Che i giudici del merito si erano convinti, che mentre la disposizione era scritta a favore del Corpo morale, cui gli ecclesiastici assistenti appartenevano, eglino non ne profittavano nè direttamente nè indirettamente. Che per ultimo la disposizione non era neppure meramente gratuita.

Erede.

131. La sola parola di erede adoprata in un testamento basta per esprimere il successore universale, ove non sia dal testatore la intelligenza di tale parola chiaramente limitata a restringere il significato a quello di legatario a titolo universale o di legatario particolare; epperò non è sostenibile, che il testatore per istituire un successore universale debba sempre esprimere con le parole, che meglio crede, il concetto di voler dare ad una o più persone la universalità de' suoi beni, che lascerà dopo della sua morte (13 decembre 1825.—Ruffo, Bagnara. Cotugno).

La G. C. civile per definire, che nel testamento dell'immortale Cotugno non vi era istituzione di erede o legatario universale, espressa, la regola, che un testatore per istituire un successore universale debba sempre, *esprimere con le parole, che meglio stimi, il concetto di voler dare ad*

una o più persone l'universalità de'suoi beni, che egli lascerà dopo della sua morte, e l'intera rappresentanza si nell'attivo che nel passivo.

La C. Suprema osservò, siffatta massima non esser vera, poichè la sola parola di erede, adoperata nel testamento, basta per esprimere il successore universale, ove non sia dal testatore l'intelligenza di essa chiaramente limitata ad esprimere il legatario a titolo universale o il legatario particolare. Ciò risultare chiaramente dalla disposizione dell'art. 892; eppero deve il giudice dalla volontà del testatore raccogliere gli argomenti per convincersi di essersi ristretto il significato legale della parola erede.

132\. L'erede fiduciario autorizzato a ritener parte della eredità *cum onere* del rimanente, non è un semplice procuratore, o un *nudus minister*, ma è un vero erede (4 luglio 1829, — Amura e Carafa).

Nel 1788 il cav. d'Andria Carafa instituì erede fiduciario il Monte della Misericordia in tutt'i suoi beni per ritenere parte della eredità, e versare il resto in sussidio della linea di D. Riccardo duca d'Andria suo nipote. Altri beni erano stati addetti alla prelatura di un altro Carafa. Svincolati i beni di questa, surse la quistione, se per essi dovesse aprirsi la successione intestata.

La Corte Suprema osservò, esser vero nel dritto antico, che l'erede nella parte era erede nel tutto, dapoichè non era permesso al pagano di morire parte testato e parte intestato. Esser vero nell'antica e nella nuova legislazione, che colui che una volta è stato erede, non lascia mai di esserlo, perchè i dritti e le obbligazioni, che nascono dall'adizione dell'eredità, non si svalgono mai dalla persona dell'erede. Non potersi considerare la qualità di erede fiduciario accordata al Monte come un semplice procuratore, un *nudus minister*, poichè trovandosi esso chiamato alla tenuta progressiva de'beni ed al godimento di una parte di essi, era un vero erede di parte *cum onere* del resto, il quale, ove anche sia obbligato a restituire, non lascia d'essere erede. (Inst., de fideicommiss. heredit. § 3 Senatuscons. Trebell. e Pegasiano).

V. *Testamento nuncupativo*.

Erede apparente.

133\. Gli atti fatti ed i giudicati ottenuti contra l'erede apparente sono operativi anche contra il vero erede (14 giugno 1849. — Catalano, Giovinazzi, e Tinelli).

Un figlio aveva rinunziato all'eredità paterna, e l'eredità si era devoluta al successore immediato. La rinunzia del figlio era stata dichiarata inefficace. La C. Suprema considerò, che l'eredità essendo stata validamente rappresentata dal successore immediato al rinunziante, gli atti fatti contra l'eredità ed i giudicati ottenuti dovevano essere operativi contro il vero erede, che inutilmente aveva rinunziato.

Erede beneficiario. — Vedi *Debiti*.

Esecutore testamentario.

134\. L'erede e non già l'esecutore testamentario ha dritto di convenire in giudizio i debitori ereditarî (2 settembre 1848. — De Simone e del Grosso).

La Corte Suprema osservò, che l'erede acquista *ipso jure* il possesso de'beni, dei dritti, e delle azioni del defunto con l'obbligo di soddisfare a tutt'i pesi ereditarî (Art. 645 e 932 delle LL. civili). D'onde emerge, che l'azione di compellere in giudizio i debitori ereditari spetta al solo erede.

Falcidia.

135\. La detrazione della falcidia non può estendersi a pro di eredi intestati nelle donazioni fatte per causa di morte, specialmente quando si sia omessa la formazione dell'inventario legale (29 agosto 1811. Ferrara, Scotto, e la Chianca).

La Corte Suprema osservò, essere stata da principio la legge falcidia pubblicata per rendere salva all'erede testamentario la quarta parte dell'eredità, assorbita dai legati. Indi estesa dall'Editto del Pretore a quegli eredi, che non curando la instituzione di erede, possedevano l'eredità a titolo intestato. Indi applicata dal Senatusconsulto Pegasiano agli eredi gravati di fedecommessi oltre i ¾ dell'eredità. Indi protratta dalla Costituzione dell'Imperatore Pio agli eredi gravati di fedecommessi meree di codicilli. Finalmente conceduta all'erede testamentario per detrarre il quarto dello donazioni a causa di morte. — Che un beneficio accordato all'erede testamentario, e solo in determinati casi all'erede intestato, non poteva estendersi a favore di questo ne' casi non contemplati, e che in niun luogo dal dritto si legge accordato al detto erede intestato per le donazioni a causa di morte. Che le due costituzioni di Alessandro e Gordiano riportate nella leggi 5 C *ad leg. falcid.*, a 2 Cod. *de donat. mort. caus.*, possono essere interpretate per la porzione legittima dovuta sulla successione ma-

terna, ed in tal senso la G. C. civile la avea ritenute. Che da ultimo maucando l'inventario, non poteva esservi luogo alla falcidia. (Autentica *Sed cum testator*, C. *ad leg. falcid.*

Falso civile.

136. L'erede per testamento olografo attaccato con falso civile, non può utilmente dimandare possesso di beni o amministratore giudiziario contra gli eredi legittimi (26 luglio 1827. Rufo, de Caro, ed altri).

La C. Suprema considerò, che l'erede testamentario per testamento olografo non può avere veruna qualificazione legale, se prima il documento non sia riconosciuto.

Fedecommesso.

137. Da un fedecommesso convenzionale contenente una donazione progressiva, di sciolta in seguito per iscambievole consenso da' donanti, non risulta alcun dritto a'donatari successivi (18 settembre 1812. — Riggio e Riggio).

La Corte Suprema osservò, che ad onta della regola generale di dritto, che niuno può stipulare utilmente per un altro, Diocleziano e Massimiano prescrissero, che nella donazioni progressive fedecommessarie l'accettazione del primo donatario facesse sorgere pe' donatari successivi l'istessa azione, che il primo donatario avrebbe potuto esercitare, *si in rebus humanis ageret*. Questo essere il fondamento de' fedecommessi convenzionali. Che però con ciò non si derogò al canone di ragione di potersi ogni contratto validamente sciogliere col consenso de' contraenti, e perciò potevano il primo donante ed il primo donatario risolvere l'atto di donazione senza il concorso de' donatari successivi, che non vi erano intervenuti. Altro è avere un dritto, altro profittare delle stipulazioni altrui. Niuno può perdere un dritto senza il fatto proprio, ma può benissimo perdere il vantaggio dipendente dal fatto altrui.

138. È vietata l'anticipata restituzione del fedecommesso per disposizione del dritto romano, soltanto quando l'elasso del tempo, che trascorre tra l'anticipata restituzione e l'avvenimento della morte del gravato, possa variare o distruggere il dritto di colui, al quale si è anticipatamente l'eredità restituita (27 novembre 1816. — Cortese ed Addoni).

139. Un fedecommesso istituito in Palermo nel decennio, tempo, in cui erano colà in vigore le leggi romane, sopra beni situati in questa parte del Regno, in quel tempo sotto l'impero del Codice civile, rimane valido per la instituzione di erede, invalido per la sostituzione (26 febbraio 1820. — Manti e Manti).

La C. Suprema ritenne contra la giurisprudenza adottata in Francia, che la parola *disposizione*, di cui si serve l'art. 896 Codice civile, comprende due diverse cose, l'instituzione e la sostituzione, ossia due instituzioni, una di primo a l'altra di secondo grado. Che questa, essendo contraria alla legge, rimane come non scritta, e valida l'altra. Tantopiù, che il testamento essendo stato scritto in Palermo, il testatore non era obbligato a sapere l'interpretazione dell' art. 896 del Cod. civ.

140. Nella successiona feudale o fedecommessaria, pendente e non verificata, l'erede non acquista alcun dritto consumato, ma sibbene la semplice espettativa. Quindi le leggi abolitive de' fedecommessi senza vizio di retroattività sciolsero nelle mani de' possessori l'obbligo della conservazione e della restituzione (22 sett 1821. — Strulli e Struffi).

141. Il possessore di un fedecommesso bene lo rinunzia anticipatamente a pro del chiamato immediato, ancorchè ne possa prevedere l'abolizione (1° febbraio 1823. — Laboccetta e Laboccetta.

142. Un fedecommesso che validamente si rinunzia da un monaco prima della professione, rimane libero in favore del rinunziatario per effetto della legge abolitiva de'fedecommessi (15 novembre 1825. — Afflitto e Perrotta.

Matteo d'Afflitto nel 1523 ordinò un fedecommesso, cui chiamò i soli discendenti maschi, ed in loro mancanza il priore *pro tempore* del Collegio de' dottori della Città di Napoli. Per effetto della rinunzia di due Monaci un fondo fedecommessato pervenna ad una donna erede del rinunziatario. Sorse disputa, se ella potesse possederlo, ed il S. C. ordinò mantenersi nel possesso durante la vita de' Monaci rinunzianti Così erano le cose, quando venne la legge eversiva de' fedecommessi. Dopo la morte de' due Monaci si fe' quistione in mano di chi il fondo si fosse reso libero. I giudici del merito e la Corte Suprema osservarono, che la rinunzia fu translativa, ed assicurò a' rinunziatari ed a' loro eredi dritti acquisiti, e che potevano deferirsi a'rinunzianti. Che verificata l'abolizione de'fedecommessi in vita de'rinunzianti, i fondi si erano resi liberi nelle mani de' rinunziatari o de' loro eredi, come si sarebbero resi liberi nelle mani de' rinunzianti.

143. Il fedecommesso è condizionale e non puro, quando il testatore non ordina egli

la restituzione, ma vi concorre il fatto dell' erede) 15 marzo 1827. — Pilla, Macchia, ed altri).

La C. Suprema osservò, che quando il testatore aveva messo in mezzo l' opera del gravato per disegnare il chiamato *ex certo genere*, allora senz' alcun dubbio il legato era condizionale. L. 69, § 3, D., *de Leg*. 2°: Cirillo, *De leg. et fideic*. p. 3).

144. Il legato di una somma di denaro da riscuotersi dopo la morte del testatore con l' obbligo pel legatario di poter disporne solo di una parte nel caso, che morisse senza figli, ed il resto dover cedere a favore dell' erede, non è un fedecommesso, e quindi il legatario non può giovarsi della legge eversiva de' fedecommessi per ritenere tutta la somma legata (24 febbraio 1845. — Bianco e Bianco).

145 Il possessore di un fedecommesso non può essere obbligato *in actione personali* al pagamento di un debito del fedecommettente, quando non concorre in lui la qualità di erede del medesimo, o quando non sia convenuto in giudizio nella qualità di spettatario universale del debitore (29 marzo 1845. — Jannucci e Russo della Leonessa).

146. Trovandosi istituiti eredi taluni nell'usufrutto e taluni altri nella proprietà, se al tempo dell' abolizione de'fedecommessi non si siano trovati esistenti gli eredi proprietari rimasero gli eredi usufruttuari liberi dispositori della proprietà (2 dicembre 1845. — D'Alessandro e Lessa).

La donazione era stata fatta per la nuda proprietà a' figli nascituri di coloro, cui era donato l' usufrutto.

La C. Suprema osservò, che tali donazioni si sorreggevano nel dritto romano solamente *jure fideicommissi*, poichè i donatari della proprietà, non essendo esistenti nel momento della donazione, non avevano la capacità di ricevere. Che aboliti i fedecommessi, quando i detti donatari neanche erano nati, era mancata la condizione, e che perciò il dominio passato nel momento della donazione ne' donatari dell' usufrutto, costoro lo godevano *ob causam*, e quindi ne divennero liberi dispositori.

147. La instituzione di erede a pro della moglie e del primo abnipote, che nascerà da' figli del nipote, con la clausola di dovere la moglie suddetta godere dell' usufrutto di tutt' i beni, sua vita durante, è disposizione di proprietà col peso del fedecommesso, e questo abolito, vivente la moglie, la proprietà de' beni si acquista dalla stessa (27 aprile 1847. — Addrizza e Merolla).

Vincenzo Merolla aveva istituiti eredi universali e particolari sopra tutti i beni Celeste Spaccamela, sua moglie, ed il primo abnipote, che sarebbe nato da' figli di Nicola Addrizza di lui nipote, soggiungendo di dovere la moglie vita sua durante avere l' usufrutto de' beni ereditari. Il testatore morì senzachè alcun abnipote fosse nato, ma solamente molti anni dopo ne venne uno alla luce. Aboliti i fedecommessi in vita della moglie, sorse il dubbio in mano di chi i beni si fossero resi liberi.

La C. Suprema osservò, essere questo il caso figurato dalla legge 15, D. *de auro et arg. legat.*, nella quale trovasi definito di essersi legato non il solo usufrutto, ma la proprietà col peso del fedecommesso ; che l' abnipote non essendo nato in tempo della morte del testatore, non poteva intendersi, che successivamente chiamato, e che perciò sopravvenuta la legge eversiva de' fedecommessi, mentre la moglie tuttavia viveva, i beni si erano resi liberi in mano sua.

148. Le fabbriche aggiunte dal fiduciario ad un edifizio soggetto a fedecommesso, infisso sul suolo del medesimo, fanno parte del fedecommesso. E però, sciolti i fedecommessi pe' predî urbani, rimasero esse proprietà libere del godente (4 marzo 1848. — Soria e Soria).

La C. Suprema osservò, che l'edifizio è un' accessione del suolo, su cui è elevato, e che se il primo era soggetto a fedecommesso, lo fu pure il secondo.

149. Quando il legatario non ha obbligo di conservare e restituire, ma il solo onere per maritaggi, non si ha la sostituzione vietata.— La sostituzione vietata non annulla il legato (8 luglio 1848. — Cappellare ed Andreoli).

La Corte Suprema osservò, che non essendovi obbligo di conservare e restituire, ma solamente il peso de' maritaggi, non vi è ombra neppure di sostituzione vietata. Che in ogni caso per la testuale disposizione dell' art. 943 delle LL. civ., questa non avrebbe mai reso nullo il legato.

150. Il dispaccio del 1805 sciolse dal vincolo fedecommessario i predî urbani di tutto il regno, e non già della sola capitale a causa del tremuoto di S. Anna e delle provincie, nelle quali quel tremuoto fece danno a' predî urbani. (16 decembre 1848. — Magnati, delli Franci, Juliani ed altri). *Camere riunite*.

La Corte Suprema, osservò, che il dispaccio del 1805 avvolse nell' abolizione de' fedecommessi i predî urbani di tutto il regno e non della sola capitale, e che

tale intelligenza era stata sempre ritenuta dalla giurisprudenza.

151. Non merita censura la decisione, che interpretando un testamento, ritenga contenervisi una sostituzione fedecommessaria (13 febbraio 1849. — Comune di Petrizzi, Alearo, e Teti).

La Corte Suprema osservò, che la interpretazione da' testamenti è materia di un giudizio di fatto dimandato esclusivamente al magistrato del merito, e che non può essere soggetto alla censura della C. Suprema.

Fiduciario.

152. È valido il legato di fiducia, ed il fiduciario non è obbligato a dichiarare la fiducia (14 settembre 1830, — Morro e Morro).

Il testatore aveva fatto un legato di ducati 4000 a favore della signora Aqui affinchè unita al signor Carlo Giribaldi ne avessa usato nel modo dettole a voce da detto testatore.

La C. Suprema osservò, che per questa parte la legataria aveva il carattere di una semplice ministra ed esecutrice della volontà del defunto, nel che risiede la qualità di mera fiduciaria; e che a' termini della Legge 14, D., *de dote praelegata* dovrebb' ella dichiarare la fiducia solamente quando vi fosse pericolo, ch'essa tornasse indirettamente a favore di persone incapaci di ricevere dal testatore. Che tale pericolo non vi era nella specie. — Certamente non potea dirsi vietato al testatore di disporre come a lui tornava grato della quota disponibile, avendo anche fiducia in qualche persona, cui egli comunica la sua volontà per discaricare la sua coscienza da cose, che non trova conto di palesare, o per sovvenire persone, cui è rimasto obbligato. Che in tal caso non può riuscire viziata la disposizione sotto il rapporto di essersi conferita la volontà in arbitrio alieno, perchè è decisiva la magistrale teorica dell'Alciato sulla legge sopracitata. *Nec verum est hujusmodi judicium esse captatorium, cum aliud sit in alterius voluntatem illud conferre, aliud alicui amico mandare, tanquam mentis suae instructo, ut cum usus venerit, ejus fidem faciat.*

153. L' erede fiduciario, a cui il testatore ha affidata la piena ed assoluta amministrazione della eredità in sino a che non si verifica la condizione di doverla restituire ad un terzo, può bene acconsentire alla convenzione con un Comune intorno a' diritti di quest' ultimo sopra terre della eredità per effetto delle leggi eversive della feudalità. Nè l' erede, cui sia stata restituita l' eredità, può impugnare per difetto di rappresentanza la convenziona anzidetta (30 agosto 1849. — Comune di Ruoti e Minutolo).

Luigi Attaldo Capece Minutolo col suo testamento da' 17 di settembre 1807 istituì erede fiduciario il principe di Canosa con l' obbligo di restituire la sua eredità al Principe di Ruoti, emigrato allora in Sicilia, se fra dieci anni o anche dopo fossa ritornato nel regno, e si fosse trovato capace a potare succedere. Gli accordò la piena ed assoluta facoltà di amministrare tutti i suoi beni e quella di trattare tutti gl' interessi dell' eredità. Il principe di Ruoti tornò nel 1815, e la disputa si elevò sugli atti fatti dal principe di Canosa col Comune di Ruoti.

La Corte Suprema osservò, che dall' apertura della successiona sin all' avveramento della condizione, non potendo la proprietà rimanera in sospeso, tutte le azioni attive e passive dell' eredità risiedevano nell' erede fiduciario come legittimo rappresentante di quella. Che malamente i giudici del merito avevano invocato la due leggi 46, D., *ad Senatuscons. Trebell.*, e 3 § 3, *de usuris*, dapoichè dal testo di queste due leggi, non meno che dalle altre 78, § 12, *ad Senatusc. Trebell.*; 17 e 43, § 3, D., *de legatis*; e 20, 21, § 2, D., *de annuis usuris*, sorge chiaramente il concetto, che secondo i principî del dritto romano il fiduciario consideravasi come erede di puro noma e semplice e nudo ministro dell' eredità sol quando esisteva il vero erede, sulla testa del quale risiedeva la proprietà. Che nella specie il principe di Ruoti non era erede alla morte del testatore e sino all' avveramento della condizione nè per legge nè pel testamento, perchè per le leggi del tempo gli emigrati in Sicilia erano incapaci di succedere nel regno di qua dal faro, ed il testatore istituiva il principe di Ruoti sotto la doppia condizione, che fosse ritornato in Napoli ed avesse acquistata la capacità di succedere. Per lo che il principe di Canosa aveva la rappresentanza ereditaria, e quindi le convenzioni da lui consentite o i giudicati contra di lui ottenuti erano efficaci verso l' erede.

Figlio adulterino.

154. Essendo vietate le indagini sulla paternità non che il riconoscimento di un figlio adulterino, non può dedursi la nullità di un testamento per vizio d' incapacità dell' istituito o legatario, da che la qualità di figlio adulterino del disponente risulti

Digitized by Google

della disposizione testamentaria, dell' assunzione di tal qualità da parte dell' istituito, del possesso di stato, e da altre pruove esistenti in processo (20 novembre 1851. — D. Giuseppe e D. Nicola).

La Corte Suprema osservò, che fatt' astrazione dalla legislazione antica, le nostre leggi civili ritengono per tre sole via le certezza della paternità. La prima per la presunzione, che si ricava dalle legittime nozze, che cessa unicamente ne' casi di non ricognizione autorizzati dagli articoli 234 e 235 delle Leggi civili, e non cessa neppure nel caso di adulterio, quando non vi sia occultamento di prole. La seconda per il riconoscimento, che si fa con l'atto di nascita o con altro atto posteriore, purchè autentico. La terza per la dichiarazione di paternità, che pronunzia il giudice, sia nel caso di reclamo da parte di un individuo verso di un tale, che indica come autore de' suoi giorni, sia in caso di ratto quando siano sincrone l' epoca del ratto e quella del concepimento. Che però queste due ultime vie le ammette solo, quando tra' genitori del fanciullo non vi siano legami nè di matrimonio, nè di parentela, nè di voti sacri, imperciocchè in ciascuno di questi casi bandisce non solo ogni presunzione, ma ancora ogni riconoscimento o dichiarazione giuridica, ed anche ogni indagine, che riuscirebbero contrarie al pudore ed al pubblico costume. Che il divieto della legge è assoluto e formale, epperò debba ritenersi come nullo tutto ciò, che si fa in contravvenzione di esso. Che niun argomento in contrario può trarsi dall'art. 678 delle dette leggi, dapoichè quest' articolo suppone, che la filiazione adulterina venga ad emergere indirettamente e come necessaria conseguenza dell'esperimento di altri dritti giuridici; tale sarebbe il caso del rifiuto di riconoscimento da parte di un padre ne' casi in cui è permesso; tale l'altro della nullità di un matrimonio per causa di bigamia, d'incesto, o di voti sacri contratte in mala fede, comechè in ciascuno di questi casi si ha indirettamente la pruova della filiazione adulterina o incestuosa. Che cadevano sotto il divieto della legge la dichiarazione fatta nel testamento, le lettere scritte dall' erede istituito, il possesso di stato, il quale altro non essendo, che un gruppo di circostanze rivelatrici de' rapporti di paternità e di filiazione, allora solo può costituire una pruova, quando quel rapporto può rivelarsi. Che mancata quindi la incapacità con la qualità, da cui proveniva, mancava pure la nullità della disposizione.

Figlio naturale.

155. Il figlio naturale non potendo ricevere, che due terzi della eredità, un legato eccedente tale misura dev' essere ridotto. Nè cale l' esaminare la legalità del riconoscimento nel caso di eredità *ex testamento*. D'altronde è nelle forme legali il riconoscimento fatto sia negli atti dello stato civile sia nel testamento (5 novembre 1829. — Spolidoro e Quinto.

La Corte Suprema osservò, non potersi lasciare per testamento a'figli naturali più di quello, che loro spetterebbe *ab intestato*, e che perciò è riducibile il legato eccedente tale misura. (Art. 824 Leggi civili). Che se si trattasse di successione *ab intestato*, ben potrebbe discutersi della legalità del riconoscimento, perchè sarebbe il titolo per succedere, ma trattandosi di successione testamentaria, nella quale per mancanza di discendenti o di ascendenti il testatore può disporre dell' intiera eredità a beneficio degli estranei, la qualità di figlio naturale nuoce e non giova all' instituito.

156. Il figlio naturale ha dritto ad una quota di riserva sulla successione paterna, sia che fosse riconosciuto, sia che tale qualità gli venisse da un giudicato posteriore all' apertura della successione. — Qual'è la misura di questa riserba nel concorso con successibili collaterali? (24 marzo 1849. — Gulle, Laudaci, e Rossi).

La C. Suprema osservò, che per l'art. 674 delle Leggi civili, i figli naturali succedono al padre loro. Che nel limitare la facoltà di disporre il legislatore ha per gli articoli 829 ed 830 riserbata una quota a favore de' figli del disponente senza alcuna distinzione di legittimi e naturali. Che con l' avere nell' art. 829 sostituita la parola *figlio* alle parole *figlio legittimo*, che si leggevano nell' art. 913 del Codice civile abolito, ne rende chiara l' applicazione anche a'figli naturali. Che l' essersi con l' art. 676 sottoposti i figli naturali all'obbligo d'imputare nella porzione, loro dovuta, tutto ciò, che avessero ricevuto dal padre o dalla madre, e che fosse soggetto a collazione, ha rifermata l' idea di esservi una quota loro riserbata, dalla quale sono esclusi per l'art. 678 i figli adulterini, incestuosi, o nati da condannate unioni, che hanno dritto a' soli alimenti. — Che fermata una volta inalterabilmente la qualità di figlio naturale, le conseguenze giuridiche risalgono al tempo della nascita, epperò importa poco, che il giudicato, che la dichiara, sia posteriore all' apertura della successione. — Che i dritti di successione de' figli natu-

rali sono determinati con la proporziona di una metà nel concorso di discendenti legittimi e di due terzi nel concorso coi collaterali di quella quota, che sarebba loro spettata, sa fossero stati legittimi. Che da ciò deriva dover essere la riserva de' figli naturali nel secondo caso di un terzo della successione, il che risponde esattamente alla proporzione fra la riserva e la quota della successione intestata, corrispondendo la prima alla metà della seconda. Che un diverso sistema d'interpretaziona o attribuirebbe a' figli naturali dritti uguali o maggiori de'figli legittimi, o accorderebbe loro nella qualità di riservatari dritti proporzionalmente minori di quelli, che avrebbero come semplici successori.

157. La quota spettante a' figli naturali riconosciuti in concorso con gli eredi legittimi dev'essere calcolata sul patrimonio intiero, e non già su quello, che rimane, dedotti i legati ed altri pesi imposti dal testatore (3 aprile 1851. — Della Corte ed Ajezza).

La Corte S. osservò, che per lo spirito degli articoli 674. 789. ed 824 delle LL. civili la quota de' figli naturali in concorso con gli eredi legittimi dev'essere calcolata sul patrimonio intiero e non su quello, che rimane, dedotti i legati e gli altri pesi imposti dal testatore.

Figli.

158 La parola figli adoprata nel testamento importa la chiamata indistinta di maschi e femmine (6 novembre 1824. — Pepe, Vitoli, e Blasi).

La Corte Suprema osservò, che comunque la interpretazione de' testamenti appartenga a'giudici del fatto, quando però le parole hanno chiaramente il senso proprio e giuridico, non se ne può scambiare il significato. Che chiare sono tutte le espressioni, che hanno la loro definizione nella legge, e che tal' è fra l'altre la parola *filius*. Che quando sono chiamati i figli, s' intendono chiamati i maschi e le femmine senza distinzione di sesso. *Filii appellatione omnes liberos intelligimus*. (L. 84, D., *de verb. signific.*)

159. Altra decisione nello stesso senso (4 dicembre 1824. — D'Auria e Melito).

Figli (Sopravvenienza di).

160 La proprietà delle cose donate è di dominio risolubile, sopravvenendo de' figli al donante, in modo da non doversi aver conto delle alienazioni o ipoteche contratte dal donatario nel tempo intermedio.— Nella risoluzione di una donazione per sopravvenienza di figli al donante i frutti maturati nel tempo intermedio si acquistano dal donatario (24 agosto 1812. — De Dura e de Dura).

La C. di cassazione osservò, che la sopravvenienza de' figli rendeva nulla la donazioni, le alienazioni e le ipoteche contratte dal donatario. (L. 8, C., *de revoc. donat*; art. 963 Cod. civ.; 888 LL.civ.). Vedi *Alimenti*.

Fondi migliori.

161. Non può impugnarsi una donazione fatta dal padre al figlio sul pretesto di essersi prelevati con la donaziona i fondi migliori (8 luglio 1845. — Gagliano e Gagliano).

La C. S. osservò, che luogi dall'essere vietato di prelevarsi con la donazione i fondi migliori, è invece dall'art. 785 delle Leggi civili espressamente permesso, ed il legittimario ha solamente il dritto di agire per la riduzione.

Formalità.

162. I testamenti debbono seguire sempre le forma ricevute nel tempo e nel luogo, in cui si fanno, non potendo una nuova legge, che le cambiasse, avere effetto retroattivo (18 giugno 1810. — Frigerii e Vezzoni).

La C. di Cassazione osservò, che per la legge 29, C. *de testamentis*, e della Novella 60 cap. 1, le solennità de'testamenti sono quelle del luogo e del tempo, in cui si dispone. Non può applicarsi la legge nuova senza effetto retroattivo.

163. I testamenti stipulati dopo genn. 1809, e dopo pubblicata, ma non in vigore la legge notariale, non possono essere impugnati di nullità, sol perchè non vi si siano adoperate le forme prescritte dalla nuova legge notariale (3 decembro 1811.— De Fina e de Fina).

La C. di Cassazione osservò, che il codice civile fu messo in vigore presso di noi in gennaro 1809. Che il 3 dello stesso mese fu emanato decreto, con cui si prescrissero tutte le forme da osservarsi da' notai, e con gli articoli 34 a 63 quelle relative a' testamenti. Con l' art. 44 fu determinato, doversi osservare tanto nei testamenti per atti pubblici che mistici le solennità prescritte dagli articoli 971 a 980 codice civile (art. 896 a 906 leggi civili). Per effetto di un decreto de' 3 di settembre 1810 questa legge cominciò ad avere vigore il 15 del medesimo mese. Nonpertanto si conobbe, che tra il gennaio 1809 ed il 15 settembre 1810 i Notai avevano stipulato secondo le forme

Digitized by Google

nuove, mentre avrebbero dovuto seguire le antiche; epperò per non rendera nulla le volontà de' testatori fu emanato il decreto de' 6 di agosto 1810, con cui si accordò sanatoria a tutti gli atti stipulati con la forme nuove. Da che sorgeva chiara la volontà del legislatore di doversi far uso ne' testamenti sino a' 15 di settembre 1810 delle forma antiche. Il testamento in esame essendo fatto il 4 di marzo 1809, doveva modellarsi sulle vecchie disposizioni legislative.

Il Procuratore generale sostituto sig. Cianciulli aveva concluso diversamente. Aveva osservato, che il regolamento notariale non conteneva disposizioni particolari per le solennità de' testamenti, ma si rimetteva intieramente al codice civile. E poichè nel tempo del testamento niun' altra legge era in vigore, tranne il codice civile, il testamento era nullo, perchè erano violate le solennità del codice. Che niun argomento può ricavarsi dal decreto del 6 di agosto 1810, perchè scritto in seguito del rapporto del gran Giudice Ministro della giustizia, concerneva soltanto i contratti, le cui formalità sono indicate dal regolamento notariale, non i testamenti, le cui solennità sono prescritte dal codice civile.

164. — La validità de' testamenti in quanto alla sola forma estrinseca è retta dalla legge in vigore nel tempo, in cui l'atto è fatto; per la forma intrinseca è soggetta alle leggi del tempo dell' aperta successione (5 luglio 1815. — Di Lucia e di Lucia).

La C. di Cassazione osservò, che per quanto sia vero dipendere la forma estrinseca dell' atto dalla legge del tempo, in cui è fatto, altrettanto è anche vero, che la forma intrinseca dipende dalla legge del tempo dell' apertura della successione. Di tal che un testamento fatto sotto l' impero del dritto antico non è nullo per preteriziona, o per diredazione senza causa, o per difetto del titolo d' instituzione di erede, se la successione si apre sotto la legge nuova.

165. Le formalità prescritte dall'art. 972 codice civile (897 Leggi civili non possono supplirsi con equipollenti (12 dicembre 1826. — Freda, Accinoi, ed altri).

La C. Suprema osservò, che l'omessione delle forme, nelle quali per volere della legge risiede la legalità di un atto, non può supplirsi per equipollenti.

Frutti.

166. — Il coerede non è obbligato alla restituzione de' frutti percepiti da'cespiti, che ha posseduti in forza di una sostituzione reciproca (25 luglio 1829. — D' Errico e D' Errico.

La C. Suprema osservò, non ritenersi neppure per dritto romano la mala fede in colui, al quale fosse perdonabile la non conoscenza del dritto, dapoichè allora avevano luogo le massime dell'equità, essendo in alcuni casi il *summum jus* una massima ingiuria E nella specie trattavasi di una donna, che aveva per sè un contratto, comunque illegale, e d'altronde lo stesso attore gli aveva deferito una porzione dell'eredità, e si era taciuto sulla porzione de' frutti, che le aveva permesso percepire.

167. — I frutti del legato sono dovuti dalla morte del testatore, quando ciò può rilevarsi dalla disposizione (9 febbraio 1828. — Commessione di beneficenza di Cisternino e Fermetrio).

La C. Suprema osservò, che guardate le leggi romane, sotto il cui impero si era aperta la successione, sebbene i frutti de' legati particolari potevano percepirsi dal dì della contestazione della lite, (L. 1 e 4. C., *Quand. dies legat. cedit*), cui ne' giudizî esecutivi si assimilava la dimanda, pure ne' legati annui si conoscevano tanti legati, quanti erano gli anni (L. 4 e 10, D., *de ann. legat.*), ed in essi i frutti erano dovuti dal dì della morte del testatore; (L. 12, § 3, D., *quando dies leg. ced.*) nè dissimili erano i legati di semplici frutti; (L. 20, D., *de usufr.* L. 41, D., *de usu et usuf. leg.*). Che guardate le leggi nuove, in vigore nel tempo del giudizio, il legatario particolare percepisce i frutti dal giorno della morte, quando appare tal' essere stata la volontà del testatore, e tal' era nella specie.

168. — I frutti sono un' accessione de' beni donati, e sono quindi dovuti sul patrimonio del donante; ed in quanto all' epoca, se il giudicato è muto, si deve ritenere quello della dimanda (23 gennaro 1851. — Marulli, Pignatelli, ed altri).

La C. Suprema osservò, che come accessioni i frutti sono dovuti sul patrimonio del donante, quindi spetta per essi l'azione al donatario. E non potendosi andare oltre la dimanda, se il giudicato, che li accorda, è muto, deve implicitamente ritenersi accordati dal dì dimandato.

Garentia.

169. — Il donante non è tenuto a garantia, menochè non vi si sia espressamente obbligato (22 gennaro 1848. — Micheroux e Coloni di Baccucco).

Digitized by Google

La C. Suprema osservò, che la donazione semplice, riguardata come atto di beneficenza, non può dare luogo a garentia, a menochè non sia stata espressamente promessa.

170. — Dichiarato nel giudizio penale di non esservi luogo alla falsità di un testamento, che si fondi sulla non vera assertiva di essersi adoprato per testimone il pratico del notaio, non si può nel giudizio civile dedurre per questo stesso motivo la nullità del testamento (21 settembre 1820. — Vecchi e Vecchi).

Il testamento era stato dapprima attaccato come falso, tra l'altro perchè era stato tra' testimoni adoprato un pratico del Notaio. La G. C. Criminale lo dichiarò vero. Indi il testamento fu attaccato come nullo per gli stessi motivi. I Giudici del merito e la C. Suprema osservarono, non potersi più mettere in discussione in giudizio civile un fatto colpito dal giudicato penale. Che il testamento fa piena fede di quello, che contiene, sino a che non è dichiarato falso, nè sulla verità del suo contenuto la legge ammette pruova in contrario. Che avendo la legge richiesta la menzione espressa delle forme adempite, ove la menzione vi sia, le ritiene vere, nè può ammettersi il contrario, sinochè le menzioni non siano dichiarate false. Che le enunciazioni che si riferiscono alla fermezza dell'atto, e non hanno un rapporto estraneo al medesimo, costituiscono una parte integrante della sua autenticità, e meritano la stessa fede.

GRAVATO; vedi *Figli*.

IMPUTAZIONE NELLA QUOTA DISPONIBILE.

171. Le donazioni avvenute sotto l'impero del dritto romano, che non erano sottomesse nè a collazione nè a riduzione, non possono imputarsi nella quota disponibile (5 agosto 1817. — Del Vecchio e del Vecchio).

La C. S. osservò, che gli articoli 843 e 922 del Codice civile (762 ed 839 delle Leggi civili) non sono applicabili alle donazioni celebrate e perfezionate sotto l'impero delle vecchie leggi. Che la legge romana ammetteva la collazione solamente tra gli eredi, e che nel regno essendo le donne escluse dalla successione paterna in concorso co' maschi, non potevano dimandare nè la collazione, nè l'aggregazione fittizia alla massa per determinare il disponibile, perocchè questa seconda operazione dipende dalla prima.

172. I nipoti, che succedono all'avo, debbono imputare nella legittima, loro lasciata, le doti, che furono costituite alla madre (6 marzo 1830. - D'Aquino ed Avenia).

Il padre aveva costituito la dote alla figlia, ed aveva riscossa la rinunzia alla propria eredità. Trapassando, quando la figlia era già premorta, istituì eredi nella legittima i figli di lei, e prescrisse, che in questa s'imputassero le doti assegnate alla madre loro. Legò il disponibile alla seconda moglie. Sorse quistione sull'imputazione delle doti.

La C. S. osservò, che trattandosi non di dono, ma di dote, era applicabile non l'art. 767, ma l'art. 770. La dote è un debito del padre, un'anticipazione della futura successione per dare uno stabilimento alla figlia. Esser egli vero, che il figlio, che succede per ragione propria al donante, non conferisce le cose donate al padre suo, ma ciò dipende da che le donazioni fatte a persona diversa dell'erede, si presumono fatte a titolo di anteparte. Ma la presunzione deve cedere alla verità, ed ogni liberalità va soggetta alle leggi, che il disponente appone alla donazione o al testamento.

INDEGNITÀ.

173. Sino a che le cause d'indegnità non sono provate e giudicate valevoli, sì l'erede, che il testamento sono garentiti dalla legge. — Non sono cause d'indegnità le ingiurie recate nelle pareti domestiche; la violazione del precetto del testatore circa il suo interramento: l'accusa di demenza e di falsità del testamento (8 genn. 1820. — Ottaviani e Madonna).

La successione si era aperta sotto l'impero delle leggi romane nel 1795.

La C. Suprema osservò, che per dritto romano il testamento valeva, sinchè le cause d'indegnità non fossero provate e giudicate efficaci. Che tali non erano le ingiurie al testatore nelle domestiche pareti, perchè mancava il carattere di *palam et aperte testatori maledixerit*; che la violazione del precetto del testatore per l'interramento non l'era neppure per la legge 14, § 5, D., *de relig. et sumpt. fun.* Che la demenza non è un'ingiuria, ma il colore legale, con cui si colorisce un testamento inofficioso, e per essere ingiuria la falsità del testamento occorreva l'introduzione della lite, la perseveranza, e la perdita della lite stessa (L. 8, C., *de his, quae ut indign.*).

INOFFICIOSITÀ.

174. Se si accusa d'inofficiosità la donazione fatta al figlio prima del Codice civile, dovrà farsene l'esame col dritto esistente

nel tempo, in cui l'atto di liberalità si è perfezionato, e non già con le nuove leggi successorie, che hanno ingrandita la porzione di riserva, dovuta agli altri figli del donante (12 febbraio 1813 — Montesoro e Carli.

La C. S. osservò, che la validità degli atti, in quanto alla loro sostanza, si misura dalle leggi in vigore nel tempo in cui vi si è acquistato dritto. Che le donazioni degli ascendenti a benefizio di altri, sono soggette ad essere rescisse solamente per la parte riserbata agli eredi legittimi, quando si verifica questo dritto a favor loro, e pel resto sono ferme. Che perciò, se una donazione anteriore al Codice civile era soggetta a rescissione solamente per il paraggio dovuto alla figlia, che si era maritata vivente il padre, e vi aveva allora acquistato dritto, per tutto il resto rimaneva ferma ed invariabile sotto la nuova legislazione. Era applicabile la Novella 92, cap. 1 di Giustiniano.

175. Non si ha dritto d'impugnare d'inofficiosità il testamento del fratello consanguineo, nel quale è stato istituito erede il figlio naturale di costui. Molto meno dopo decorso molto tempo dall'adizione dell'eredità, e che l'attore aveva egli stesso ricevuto de' legati (28 marzo 1822.— Puglia Palermo e Puglia Palermo).

La disposizione era stata fatta sotto l'impero del dritto antico. La Corte Suprema osservò, che le leggi romane accordavano al fratello consanguineo il dritto di dire inofficioso il testamento del fratello nel solo caso, in cui fosse stata instituita erede una persona infame; (L. 27, C. *de inoff. testam.*) e tale non era il figlio naturale. Che da tal dritto si sarebbe anche decaduto per essere decorsi sei anni dall'adizione dell'eredità (L. penult., D. eod) e per avere accettato dei legati (L. 10, D. eod.).

176. Non vi è luogo alla querela d'inofficiosità, quando si è riserbata una parte della legittima; la querela si prescrive col quinquennio, nè si trasmette agli eredi, se non preparata (9 decembre 1826.— Ciaraldi, Sacco ed altri).

La C. S. osservò, non esservi querela d'inofficiosità, quando si lasciava la legittima o una parte. (L. 30, C. *de inoff testam.*) Essere imputabile ad ogni modo nella legittima quello, che si era ricevuto dal debitore di essa o da'suoi aventi causa (Nov. 115 cap. 3). Prescriversi col quinquennio, nè trasmettersi agli eredi se non preparata. (L. 5, § 8, C. *de inoff. testam.*).

INSTITUZIONE CONTRATTUALE.

177 Quando si cambia un testamento in istituzione contrattuale con la facoltà di disporre de' legati, che in detto testamento si erano ordinati, il donante può disporre de' legati a favore di un terzo, e questo non è altro che un legatario particolare, che ha dritto a' frutti dal giorno della dimanda (5 aprile 1851. — Viti e Griffi).

La signora Viti aveva prima disposto per testamento a favore del signor Griffi, ordinando diversi legati, per la cui soddisfazione rimase alla scelta dell'erede. Dopo cambiò l'instituzione di erede in instituzione contrattuale, ma si riserbò di disporre de' legati, de' quali effettivamente dispose a favore di terzi. Il donatario contrattuale pretendeva nulla tale disposizione.

La C. Suprema osservò, essere l'instituzione contrattuale la donazione dell'eredità, permessa in grazia de' matrimoni, ed essere l'istituito donatario de' beni presenti e futuri Trasmettere essa l'universo dritto del donante nel donatario, meno però di quelle cose, per le quali vi è stata espressa riserva Che il legatario di queste cose, appunto perchè vi è un rappresentante universale, non può esserlo, che a titolo particolare, sia per effetto della fatta riserva, sia ne' limiti dell'art. 1039 delle Leggi civili.

178. In costanza del matrimonio non può stipularsi validamente un'instituzione contrattuale o qualunque altra donazione permessa nel solo contratto di matrimonio (24 febb. 1815.—Stanzione e Stanzione).

La Corte Suprema osservò, che in costanza di matrimonio non possono farsi quelle donazioni, che sono permesse soltanto nel contratto di matrimonio, perchè tutte le convenzioni matrimoniali debbono essere fatte prima del matrimonio.

INTERESSI.

179. Gl'interessi di un legato sono dovuti soltanto dal giorno della dimanda (15 gennaio 1820. — Filomarino e Monteville).

La C. Suprema citò la testuale disposizione della legge.

INTERPOSIZIONE.

180. I fratelli e le sorelle non sono riputate *de jure* persone interposte per le disposizioni a favore degl'incapaci.

Non può annullarsi il legato fatto alla figlia, perchè persona interposta della madre, se la madre non è incapace (5 novembre 1829. — Spolidoro e Quinto).

La Corte Suprema osservò, che l'articolo 827 delle Leggi civili non comprende tra le persone interposte i fratelli e le sorelle. Ch'essendo la madre capace di ri-

Digitized by Google

cevere direttamente un legato, non poteva annullarsi, quando era fatto a favore della figlia, sotto pretesto d'interposizione della madre.

INTERPRETAZIONE.

181. Nell' interpretazione de' testamenti bisogna scegliere quel senso, nel quale concorre la vo'ontà del testatore. (8 agosto 1811. — Illiano, Schiano, e Capuano).

La Corte Suprema, osservò, che quando le parole sono ambigue in modo d'avere due sensi, deve ritenersi quello, che è provato di contenere la volontà del testatore; ma quando invece le parole non sono a proposito per aver detto il testatore tutt'altro di quello, che ha concepito, in questo caso siccome quello, che ha detto, non è stato il suo concepimento, e quello, che ha voluto, non lo ha detto, così non vi può essere luogo ad interpretazione benigna, e se quello, che è detto, è inintelligibile, perchè non può eseguirsi, è nulla la disposizione (L. 188, D. *de regul. jur.* — L. 2, D. *De his quae pro non script. hab.*).

182. Nella interpretazione delle ultime volontà, se le parole presentano dubbi, si debbono sempre ritenere per la libertà de'beni, che la ragion pubblica, il vantaggio, e la floridezza della società vogliono scevri da vincoli e legami (11 decembre 1816. — Laviano e del Pozzo).

183. Ne' testamenti debbono consultarsi le regole interpretative del dritto nel solo caso, in cui il testatore non essendosi sufficientemente spiegato, la disposizione presenti dubbio o oscurità. Nelle materie testamentarie tutto è abbandonato alla volontà privata, tranne i limiti richiesti dall' interesse pubblico, e che perciò formano obietto di leggi ristrettive (11 febbraio 1817. — Carrotta e Giordano).

184. Il giudice deve limitarsi a vedere, se le solennità volute dalla legge pe' testamenti siano state osservate senza potervi nulla supplire. Però essendavi dubbio sul senso della disposizione, deve indagare dall'intiero contesto dell'atto la mente del testatore, onde la sua ultima volontà abbia una giusta esecuzione (24 genn 1824. — Vecchi e Vecchi).

185. Nell' interpretazione de' testamenti è mestieri ricorrere alle leggi e consuetudini vigenti all'epoca in cui sono stati fatti (12 dicembre 1848. — Pennasilico e Pennasilico).

Il testamento era stato fatto il 2 di gennaio 1807. La Corte Suprema osservò, che essendo stato fatto sotto di una legislazione, che permetteva le sostituzioni, e victava, che un pagano potesse morire parte testato e parte intestato, bisognava nel caso d'interpretazione del testamento aver presente questa legislazione, come la sola, alla quale il testatore aveva potuto por mente, non potendo pensare ad una legge nuova, che non poteva indovinare.

186. Comunque l'interpetrazione della volontà de' testatori appartiene a' giudici del merito, è però certo, che ove non siavi ambiguità non vi può essere interpretazione (28 febbraio 1850. — D'Errico e D'Errico).

Vedi *Cassazione.*

INTERVENTO IN CAUSA.

187. Un legatario di un vitalizio può intervenire nel giudizio istituito dagli eredi legittimi, che sostengono la successione intestata in esclusione del testamento, nel quale il vitalizio è legato (27 marzo 1845. — Fink e Branca).

IPOTECA.

188. Una ipoteca giudiziaria, acquistata dopo di essersi acquistato dritto al legato, non colpisce il fondo legato (7 gennaro 1851. — Marinelli e di Napoli.

La C. S. veduti gli articoli 792 e 2009 delle leggi civili, osservò, che un legatario particolare non può rispondere, che delle ipoteche preesistenti. Che nella specie la ipoteca giodiziaria era acquistata, quando il fondo, particolarmente legato, era da più anni uscito dal patrimonio del debitore. Cassò quindi la decisione impugnata.

LEGATO.

189. Le espressioni di un testamento in forma di esortazione o preghiera data dal padre a' figli, relativa alla dote di paraggio da darsi a sua figlia, equivalgono ad un legato (L. 2, C., com. *de legat.*) (6 giugno 1814. — Mirulli e Berarducci.)

190. Il legato con cui ne' monti di famiglia si chiamano al godimento de'maritaggi le figliuole, finita che abbia ciascuna l'età di anni 14, ed i maschi compita che avessero l'età di anni 7, non è condizionale, ma puro (8 gennaio 1816. — De Mercato, Patrisj, e Sersale).

La Corte di cassazione, osservò, i legati sopradetti essere puri per le leggi 3 e 5 C., *quando dies legati*, e quindi il legato *cessit* nel giorno della nascita del figlio, benchè il pagamento sia dovuto agli anni 14 per le donne ed agli anni 7 per gli uomini. Non esistervi antinomia tra le citate leggi e la 22 D., *quando dies legati*, dapoichè in questa è adoperata la particella *si*, mentre nelle prime viene usata la par-

Digitized by Google

ticella *cum*, ed è nota la differenza del significato delle particelle suindicate. Che perciò i figli e le figlie nate prima dello scioglimento de' Monti avevano acquistato dritto al legato, tuttochè non giunti alla età di 7 e di 14 anni.

191. Il legato di una somma è legato di quantità, tuttochè s' ingiunga all'erede di pagarlo in beni fondi; quindi il fondo da cedersi in pagamento dev' essere depurato dai pesi.

2.° Il dritto dell' erede di pagare a sua scelta un legato in beni fondi, non importa, che possa egli cedere in pagamento tali fondi da menomare il legato (5 febbraio 1825. — Frisari, Spinelli, e Ruffo della Leonessa).

La donazione era stata di duc. 60,000 in aumento delle doti della donataria. La C. S. osservò, che il modo di pagamento imposto al legato (di pagarlo in beni fondi) non cambiava la natura di legato di quantità. Che perciò bisognava dare in pagamento i fondi per il valore effettivo, cioè per quello, che si ottiene nelle contrattazioni ordinarie, altrimenti si darebbe tanto di meno, quanto sono i pesi. Che però l'erede, ove abbia la scelta de' fondi, deve serbarla, ma si opporrebbe allo spirito ed alla volontà del testatore, se offrisse cose viziose, che l'uomo dabbene non darebbe, o che date o offerte da altri, riprova; perocchè si diminuirebbe indirettamente la somma donata, e si detrarrebbe dal beneficio del donante.

192. È dovuto il legato di fondi aggregati ad un fedecommesso a solo fine di designare il legatario. Nel dubbio si deve conservare l' atto.

Il Senatoconsulto Liboniano annullava il solo legato, che il legatario aveva fatto a sè stesso, quando però il testatore non dichiarava il contrario: gli altri legati rimasti ad estranee persone con la medesima scrittura, erano validi (9 dicembre 1826. — Ciaraldi, Sacco, Casoli e de Masi).

Il legato era stato fatto al fedecommesso della famiglia Cieraldi; disputavasi della efficacia di esso.

La C. S. osservò non essere vietato dalle leggi romane il legato alle persone incapaci, quando servivano semplicemente come persone interposte, onde il legato pervenisse a persone capaci (L. 42 D., *de legat.* 2. — L. 28 *de legat.* 3). Che inoltre sovente *alterius nomen scribitur in testamento, alteri vero petitio legati competitur*, per lo che in tal caso per giudicare della validità del legato bisogna considerare la vera persona del legatario, non colui, che lo raccoglie; (L. 11 § 22, D., *de legat.* 3. — L. 42, D., *de condit. et demost.*). Che perciò il legato in disputa doveva interpretarsi nel senso da pervenire a' godenti del fedecommesso per se stessi, e non per restituirlo a' chiamati; anche perchè ogni testamento deve essere interpretato nel senso da valere e non in quello da esser nullo.

Che per le regole della S. C. Liboniano il legato scritto dal legatario era nullo, ma non annullava gli altri legati, e che quel legato non era neanche nullo, quando il testatore aveva espressamente ordinato, che valesse (L. 1, § 8, e l. 14, § 1 *de L. Cornelia de fals.*)

193. L'aumento o la minorazione della somma legata cede ad utile o danno del legatario (28 aprile 1829. — Califano e Bardellini.)

La C. S. osservò, che questa massima è stabilita dalla legge 8, pr. D., *de leg.* 1 e dall' art. 972 delle leggi civili.

194. Il magistrato non può facoltare l'erede a pagare un legato in capitali, quando fu ordinato di pagarsi in contanti o in beni fondi.

L' espressione in un legato, che sarà pagato nell' epoca della celebrazione del matrimonio della legataria, da contrarsi col consenso di uno degli eredi, contiene consiglio e non condizione.

Il legato del vitto non si può duplicare, non così quello del vestito (17 febbraro 1827. — Pironti e Grimaldi).

La C S. osservò, che avendo gli eredi la facoltà di pagare il legato o in contanti o in stabili, la G. C. non doveva aggiungervi anche in capitali. Che bene aveva la G. C. osservato, che la disposizione conteneva un semplice consiglio e non una condizione. Che se il legatario del vitto riceve i picoi alimenti, egli conserva il dritto al legato di abiti, e che perciò quello, che si è pagato per vitto non può compensarsi con quanto è dovuto per abiti.

195. Il legato di potersi disporre di una somma è facoltativo; se per questa somma il legatario ipoteca un fondo ereditario, esercita la facoltà, ed il legato è esperibile sul fondo ipotecato da parte de' creditori del legatario. Una decisione in questo senso è decisione di qualità in faccia a tutt' i creditori del legatario (18 settembre 1828. — Terzi, de Luca, ed altri).

D Giuseppe Terzi aveva ricevuto per testamento dalla moglie la facoltà di disporre di ducati 10,000. Egli ipotecò per questa somma uno specioso fondo dell' eredità.

La Corte Suprema osservò, che ben sovente il tacito si equipara all' espresso, quando nell' uno e nell' altro concorre l'istessa ragione. Che l'unico e solo titolo, che il sig. Terzi poteva avere per ipotecare il fondo ereditario della moglie, era la facoltà da lei ricevuta. Egli dunque tacitamente l' esercitò, conobbe, ed accettò il di lei testamento.

196. È valida la condizione *si nupserit* o nel *caso che vada a marito*, apposta dal padre in un legato fatto alla figlia (9 settembre 1847. — Roffi e Roffi).

La C. Suprema osservò, che all' apparire de' nuovi Codici cessò presso di noi la legislazione romana; che in niuna parte della nostra nuova legislazione la condizione del celibato è vietata; nè essa è contraria ai nostri costumi, e che non esistono più presso di noi le circostanze, che dettarono le leggi 22 e 100, D., *de con. dit. et demonst*; 10 *de adiment. legat.*; e 134 *de verb obligat.*

195. Di due legati di quantità scritti in due atti diversi, non deve necessariamente ritenersi il primo trasfuso nel secondo (23 febbraio 1850. — Sorio e Sorio).

La quistione fu risoluta per le parole del testamento.

Legato di annua somma.

196. Un legato di annua somma in compenso del peso dell' amministrazione de' beni dal testatore destinati ad usi pii, da dover cedere a beneficio del primo amministratore chiamato, de' di lui eredi, non è vietato dalla legge, perchè non contiene l' obbligo di conservare e restituire. Non è vietato neppure il legato di una somma lasciata all' erede fiduciario per invertirla negli usi, comunicatigli a voce dal testatore (24 gennaio 1817. — Marone e Marone).

La Corte Suprema osservò, che il divieto di conservare e restituire era diretto ad impedire, che i fondi passino da una mano all' altro senza potersi alienare e renderli commerciabili. Che il legato in disputo non contiene l'obbligo di conservare e restituire l' annuo legato percepito, dapoichè l'erede aveva l'obbligo di pagare l' annuo legato agli amministratori *pro tempore*, ciascuno de' quali percepisce e ritiene per sè il proprio legato. Che vale il legato lasciato all' erede fiduciario per invertirlo negli usi partecipatigli a voce, giacchè altra cosa è lasciar qualche cosa all' arbitrio altrui, altra lasciarla ad un amico istruito della volontà del defunto.

197. Un annuo legato con ordine progressivo a favore di più persone non individuate costituisce un legato di proprietà e non un semplice vitalizio (26 agosto 1824. — Giordani, de Tommasi, e d'Afflitto).

La Corte Suprema osservò, che laddove si trattasse di semplice legato annuo ad individuate persone senz' ordine progressivo, la quistione dovrebbe rimanere nei semplici termini della l. 4, D., *de annuis legatis*, cioè di un legato vitalizio: *Si in singulos annos alicui legatum sit, Sabinus ait videri enim hanc inesse conditionem, si vivat, et idem mortuo eo, ad heredem legatum non transire.* Ma che trattandosi di un legato con ordine progressivo di chiamati, la legge 22, C., *de legatis* dimostra, che da vitalizio passa in legato di proprietà; il che forma una eccezione alla regola, dapoichè legato perpetuo e vitalizio sono idee pugnanti.

197. Il legato di una somma pagabile mensilmente vita durante così del marito, che della moglie, mancato uno di essi, è dovuto per intiero al coniuge superstite; ed è dovuto dal dì della morte del testatore e non da quello della domanda (16 giugno 1825. — Cioraldi, de Simone, del Vecchio ed altri).

La Corte Suprema osservò, che a parte tutto quello, che dalla vecchia e nuova legislazione trovasi disposto sul dritto di accrescere, concorreva nella specie l' espressa volontà del testatore. Che trattandosi di un legato puro, era dovuto dal giorno della morte del testatore. (L. 5, § 1, D., *quand. dies leg. vel fideicom. cedit.* — Art 968 delle Leggi civili).

198 Un annuo legato perpetuo a titolo di elemosina a favore di monaci mendicanti è operativo senza bisogno di autorizzazione sovrana, nè può dirsi in opposizione del voto di povertà assoluto, da essi professato. (29 novembre 1825. — Bifulco e Scala).

Un testatore aveva gravato l' erede di pagare a' Padri Alcantarini di S.ª Lucia del Monte annui ducati 120 perpetui a titolo di elemosina. Gli eredi lo eseguirono per dieci anni, ma non avendolo più corrisposto per altri sette, gli Alcantarini ne dimandarono il pagamento, e la G. C. li dichiarò carenti di azione, rimanendo nella sola libertà degli eredi di soddisfarlo. Ma annullata la decisione, la Corte di rinvio ammise l'azione del legato. Sul ricorso degli eredi la Corte Suprema osservò: Che Innocenzo III, ed Onorio III, e poi Urbano VIII con le sue bolle del 1637 e 1642 espressamente permisero, che gli ordini mendicanti avessero potuto ricevere de' frutti de' legati anche perpetui a titolo di elemosina, come nella specie. Che con una decisione della Sacra Congrega-

Digitized by Google

zione del Concilio de' 12 di giugno 1704 gli eredi Pinto di Salerno erano stati obbligati a prestare degli annui legati a titolo di elemosina a' Padri osservanti riformati, e Cappuccini di Salerno. Che non era applicabile alla specie il dispaccio de' 26 di gennaio 1773, col quale fu riprovato il Decreto della Vicaria ordinante il pagamento di annui duc. 25 per legato di elemosina a' Frati di S.ª Lucia al Monte perchè quel dispaccio era motivato da che quel decreto fu interposto sulla istanza de' Padri, che non hanno azione, mentre nella specie il giudizio era promosso dal Sindaco Apostolico. Che trattandosi di elemosina e non di acquisto di proprietà, non era necessaria l'autorizzazione sovrana

199. Il legato annuo scritto a favore di un individuo e de' suoi discendenti è perpetuo e non vitalizio; nè tale disposizione può dirsi contenere una sostituzione fedecommessaria (23 novembre 1850. — Gambardella e Panetta).

La Corte Suprema osservò, che sotto nome di successore s' intende qualunque individuo, che succede sia a titolo universale sia particolare Che potendo il legatario disporre del legato a sua volontà il legato era perpetuo e non vitalizio. Che anche quando il legato fosse stato fatto al legatario ed a' suoi eredi, questo dovendo venire al legato con la qualità di eredi, non potrebbero invalidare il fatto del loro autore, che avesse disposto del legato a suo modo. Che non era nullo il legato per non essere i successori conceputi nel giorno della morte del testatore, perchè essi erano indicati per dimostrare la perpetuità del legato. Che mancando l'obbligo di conservare e restituire, e potendo il legatario disporre del legato a suo piacimento, non può vedervisi una sostituzione fedecommessaria.

Legato di messe

200. Il legato di designati immobili per assegnarsi dal legatario in sacro patrimonio a quel figlio che volesse ascendere al sacerdozio con l' obbligo di celebrare un determinato numero di messe, ed in mancanza del Sacerdote non l'espressa dichiarazione di dovere rimanere questo peso a carico del legatario medesimo e de' suoi eredi e successori, non è certo una sostituzione vietata, ma una disposizione permessa (14 sett. 1819. — Calori e Basile).

La Corte Suprema osservò, che il testatore si era contenuto ad imporre su' fondi legati que' pesi, che al padrone è permesso di stabilire sulle sue proprietà. (Articoli 579, 581, 1910 Codice civile. 504, 506, e 1782 Leggi civili). Che nella specie non vi era peso di conservare e restituire, ma il testatore aveva voluto la perpetuità del peso senza interessarsi neppure della eventualità degli eredi e successori Che nell'abolizione de' fedecommessi i legati di messe furono conservati.

Legati perpetui

201. La legge del 15 di marzo 1807 non abolì i legati perpetui, i quali, riconosciuti dalle antiche leggi, non sono vietati dalle attuali (16 luglio 1850 — Zarone e Zarone).

La Corte Suprema osservò, che la legge de' 15 marzo 1807 nell' abolire le sostituzioni fed. commessarie non colpì i legati perpetui, che non incorporano il commercio de' beni nè contengono vincolo di conservare e restituire. Che il legato annuo racchiude tanti legati, quanti sono gli anni, e quando è stato disposto a favore di più persone, chiamate successivamente, ciascuna di esse ha dritto a conseguirlo dalle mani dell'erede, come un legato nuovo. (LL. 10 e 12 D. *quando dies leg.*).— Che tale legato, anche perpetuo, era riconosciuto dalla Legge 22, Cod. *de leg.*, non riprovato dalle attuali, ed equivale ad ogni altra obbligazione perpetua, che si trasmette agli eredi. — Che d. vuto dal fedecommesso, rimane debito di colui, che ne ha acquistati liberi i beni.

Legato pio.

202. Quando con atto tra vivi prima del testamento il disponente contempla in una pia istituzione gli *eredi* e *successori*, s'intendono gli eredi del sangue e non gli estranei.

D. Angelo Lillo nel 1735 con atto tra vivi istituì una pia opera perpetua, nella quale predilesse i suoi eredi e successori. Indi fece il suo testamento, ove istituì eredi estranei Mancata l'opera pia, sorse quistione, se ne' beni, che vi erano addetti, dovessero succedere i congiunti del sangue, ovvero gli eredi testamentari.

La Corte Suprema considerò, che comunque la indicazione di *eredi e successori* contenuta in un atto talvolta si riferisce a' congiunti e talvolta agli eredi scritti, pure questa quistione dev' essere risoluta con le coincidenze dell'atto, avendosi presente, che la eredità è il patrimonio universale di chi dispone, e la successione il modo per conseguirlo Che quindi se si tratta di un solo e medesimo atto con la instituzione d'individuati eredi, prevale l' interpretazione per gli eredi scritti, ma se si tratta di atti diversi, uno cioè

tra vivi e l'altro di ultima volontà, prevale l'interpretazione per gli eredi del sangue, dapoichè con l'atto tra vivi il patrimonio del disponente è stato già privato di quello, di cui si è disposto, e nell'atto tra vivi l'individuazione di eredi e successori senza particolare specificazione appartiene agli eredi del sangue.

Legatario.

203. Quando vi è un erede universale, ed ai legittimari è stato lasciato un fondo particolare con l'onorevole titolo di erede, costoro debbono riguardarsi come semplici legatari (13 febbraio 1827. — Lauritano e Lauritano.

D. Patrizio Lauritano istituì erede universale suo figlio Antonio, ed instituì gli altri figli eredi particolari in determinati fondi da stare in luogo della legittima.

La Corte Suprema osservò essere il defunto intieramente rappresentato dall' erede universale e non da'legatari particolari. (L. 9. § 12. D., *de her inst.*) Che i figli istituiti eredi in alcuni fondi particolari, sono legatari particolari. (L. 13, C., *de her. instit.*).

Legittima.

204. Si hanno come non scritte le condizioni apposte al legato per causa di legittima o paraggio. — La semplice accettazione del legato senza rinunzia alla legittima non toglie il dritto ad averla, ossia ad avere il paraggio, che ne fa le veci, libero da ogni condizione o gravame (27 febbraio 1813. — Mauro, Corbisiero, e dell'Aquila).

205. Qualora il padre lascia al figlio secondogenito un legato vitalizio, o se non fosse contento la sola legittima, non gli si può negare il dritto a ricever questa per avere ricevuto il legato, se manca la rinunzia espressa (22 marzo 1828. — Coscia e Coscia).

La Corte Suprema osservò, che gli atti fatti e la quietanze rilasciate dal legittimario, che per più anni aveva esatta una prestazione vitalizia rimastagli dal padre, non conteneva quella espressa rinunzia voluta dalle leggi giustinianee.

206. L'azione pel supplemento di legittima non si prescrive che col decorrimento di 30 anni ad onta dell'accettazione dell'eredità paterna (15 marzo 1815. — Cito e Cito).

La Corte Suprema osservò, che l'azione per lo supplemento della legittima in una successione aperta sotto l'impero delle antiche leggi non può rimanere prescritta in minor tempo di ogni altra azione. Nè ne rimarrebbe l'esercizio impedito dall'accettazione, che il legittimario facesse dell'eredità paterna, tranne chè nell'accettare quel, che il padre gli ha lasciato, non avesse espressamente dichiarato di non riserbarsi altra ragione per lo supplemento.

207. Le figlie maritate e dotate dal padre sotto l'impero delle vecchie leggi formano numero nella liquidazione della legittima; non prendono parte nella divisione delle quote, ma tutto il dippiù della porzione legittima, ch'eccede le doti ricevute, resta aggregato all'eredità (27 novembre 1819. Cioci e Cioci).

Il testatore aveva sette figli, quattro maschi e tre femmine, delle quali due maritate e dotate. Con testamento del 1796 istituì erede universale uno de' figli, diede la legittima all'altro, diredò gli altri due, istituì le figlie maritate nelle loro doti, e volle, che si dasse l'ugual dota alla nubile. La successione si aprì prima del Codice. Un giudicato diè la legittima anche a'figli diredati, ed alla nubile il paraggio a guisa di legittima. Sorse la quistione, se la legittima dovesse dividersi in sette, ch'era il numero de'figli, o in cinque, ch'erano i condividenti. Le Corti di appello di Lanciano e di Napoli ritennero la divisione in cinque.

La Corte Suprema osservò, che le figlie femmine sono chiamate co'maschi a far numero per determinare la legittima giusta la Novella 18 di Giustiniano. Ch'esse debbono conferire le doti per impinguare la massa ereditaria. Che per inveterato costume di giudicare, non cadeva più dubbio sul *jus receptum*, che le femmine fanno numero e parte nella liquidazione dalla legittima, ma come dotate di paraggio, non prendono parte nella distribuzione delle quote, e l'eccesso della porzione legittima sulle doti costituite, si aggrega all' eredità.

L'avvocato generale Parrilli sulla quistione, se le due femmine maritate dovessero o no far numero, conchiuse, che trattandosi di un articolo dubbio, e per il quale era fluttuante l'opinione degli scrittori e del foro, dovesse la Corte Suprema provocare una risoluzione sovrana.

208. Al figlio spetta sull'eredità del padre la legittima libera da pesi e gravami, a menochè non mostri con uno de'modi voluti dalla legge di rispettare la volontà del padre, che gliel'ha lasciata gravata. (13 agosto 1825. — Ferrari e Ferrari).

La Corte Suprema osservò, che sebbene le leggi 30, 32 e 35, § 2, C. *de inoff. testam.*, vollero, che dandosi meno della legittima, il legittimario conservasse sem-

Digitized by Google

pra il dritto di dimandare il supplemento, pure il legislatore aggiunse, *nisi specialiter sive in apocha, sive in transatione scripserit vel pactus fuerit, quod contentus relicta vel data parte, de eo quod deest, nullam habeat questionem.*

209. Simile arresto (14 marzo 1826. — Friozzi e Friozzi).

D. Lorenzo Friozzi aveva ordinato un fedecommesso primogeniale di tutt' i suoi beni a favore del suo primogenito e sua discendenza, ed in mancanza di questa della linee de' secondogeniti D. Antonio e D. Francesco, chiamati successivamente. A' secondogeniti in luogo di legittima aveva lasciato un vitalizio di annui duc. 150 oltre l'abitazione, e la facoltà di disporre di ducati 2000.

I secondogeniti erano intervenuti nel testamento paterno e l'avevano accettato. Pubblicata la legge aversiva de' fedecommessi, il testatore ordinò, che se i secondogeniti non fossero contenti della sua disposizione, si avessero la sola legittima. Dopo aperta la successione D. Antonio Friozzi convenne a dì 11 di aprile 1809 col fratello primogenito, ed accettando il giudizio paterno, e quello, che il fratello gli dava, rinunziò a di lui favore tutto ciò, che avrebbe potuto spettargli dippiù. Questo stipulato fu impugnato come lesivo, e la G. C. civile lo ritenne colpito dall' art. 888 del Cod. civ., ma la Corte Suprema annullò la decisione per le ragioni dette nel numero precedente, e perchè la convenzione del 1809 non poteva riguardarsi come un atto diretto a fare cessare la comunione.

210. La legittima promessa dal padre alla figlia deve liquidarsi giusta le leggi del tempo del matrimonio e non già in conformità di quella della morte (13 aprile 1826. — Fusco e Benucci).

La costituzione della dote si era fatta sotto il Codice Napoleone, e si erano dati ducati 2000 in conto di ciò che poteva spettare giusta il Cod. Napoleone.

La C. Suprema osservò, che l'atto in disputa doveva essere giudicato con la norma degli articoli 1082 a 1083 del Codice abolito; (1038 e 1039 delle Leggi civili); che la quota promessa ne' capitoli matrimoniali era una instituzione contrattuale, e non poteva essere minorata da disposizioni a titolo gratuito. Che la quota promessa essendo la riserva del Codice Napoleone, malamente la G. Corte aveva accordata quella delle attuali leggi civili.

211. Il fratello tenuto al pagamento della legittima a favore della sorella, ha la libertà di soddisfarla o in contante o in beni fondi, però non de' migliori nè da' peggiori (8 giugno 1826. — Napoli e Gajano).

La Corte Suprema osservò, tal essere la dottrina dell' antico foro, ricevuta senza alcuna contradizione.

212. Quando colui, che ha rinunziato la qualità di erede, è convenuto per la riduzione del dono o della dote, può dedurre in linea di eccezione di ritenere la sua quota di riserva, senza potergli opporre la quistione, se a chi ha rinunziato alla qualità di erede competa dritto alla legittima (9 agosto 1845. — D'Andrea e de Dura).

La C. Suprema osservò, che sebbene potesse elevarsi disputa, se a colui, che ha rinunziato la qualità di erede, compete dritto alla legittima, ciò però non è applicabile al caso, in cui la riserva si chiede non in via di azione, ma di eccezione contro la riduzione del dono o della dote, locchè è manifesto dalle fonzioni dell'articolo 481 delle Leggi civili in una specie simile alla presente, decisa con arresto de' 5 di aprile 1842 tra Coursi e Lauro.

213. Non ha dritto a dimandare la legittima colui, ch' è stato istituito erede in una quota maggiore di essa (26 sett. 1848. — Avati e della Pista).

La C. Suprema osservò, che per principi elementari di dritto non può dimandare la detrazione della legittima, chi l'ha già avuta dal testamento, altrimenti avrebbe due legittime in luogo di una sola.

Legittimario. — Vedi *Legatario.*

Lettura.

214. In un atto di donazione non è necessario di farsi menzione di essersi letto al donante ed a' testimoni (23 dicembre 1817. — Cassitti e Carelli).

La C. Suprema osservò, che tra le forme indicate dall'art. 46 del decreto del 3 genn. 1809, per la omessione delle quali si diceva l'atto nullo, non vi è la menzione della lettura già seguita alle parti e testimoni.

215. È valido un testamento dettato dal testatore e scritto dal Notajo, in cui questo ha dichiarato: *letto alla presenza dei testimoni* invece della formola della legge: *letto al testatore in presenza de' testimoni* (31 agosto 1820. — Basile e Basile).

La C. S. osservò, che se il Notaio avesse detto di avere fatta lettura ai testimoni, poteva nascere il dubbio, che il testatore non l'avesse inteso, ma avendo detto: *e quindi letto alla presenza dei testimoni*, non poteva dirigere ad altri la parola, che al testatore, il quale non poteva dettare il testamento senza esservi pre-

Digitized by Google

sente, nè potava sottoscrivere, sa dopo la letturo si fosse allontanato dal congresso. Che ciò era tanto più certo,quantochè non si elevava dubbio sull' unità del contesto. In ultimo se potesse esservi dubbio, dovrebbe decidersi per la validità dell' atto.

216. Arresto simile. — La sottoscrizione dei testimoni dopo le legalizzazioni del notajo non trae a nullità (16 settembre 1820. — Catalano e Catalano).

Per quest' ultimo capo la C. S. osservò, che la legge prescrive, che i testimoni sottoscrivino il testamento, ma non prescrive il sito, in cui si deve sottoscrivere. Che sin dai tempi di Giustiniano si mossero querele intorno o ciò per annullare i testamenti, e quel legislatore dispose, non tenersene alcun conto (L. 24, C., *de testam.*).

217 Non è nullo un testamento, nella cui lettura non si faccia particolare menzione di uno giunto dettata dal testatore (20 gennaro 1824. — Franco e Franzese).

La giunta era un'ampliazione del legato di messe contenuto nel testamento; epperò la C. S. ritenne, che nel darsi lettura del legato di messe, piacque al testatore di ampliarlo; che perciò non poteva intendersi una disposizione nuova.

218. Il giudizio della G. C. Civile, che ritenga la nullità di un testamento per la omessione della menzione della lettura al testatore in presenza de' testimoni, escludendo gli equipollenti, non è soggetto a censura (21 decembre 1847. — Lusi e Petilli).

La C. S. osservò, che la G. C. si attenne al rigore della legge, e quindi non vi era luogo ad annullamento.

MAGGIORATO.

219. Il possessore di un maggiorato può utilmente ipotecarlo; sicchè nella restituzione del maggiorato l'ipoteca si risolve come il dominio, ma svanito il vincolo del maggiorato, l'ipoteca si convalida. — Non può invocarsi il privilegio dell'asta fiscale (4 gennaro 1821. — Gaeto ed Hermil).

L'ipoteca era stata consentita nel 1800. — La C. S. osservò, che il possessore del maggiorato, il quale è usufruttuario causale, può validamente ipotecare, salva la risoluzione dell' ipoteca nel risolversi il dominio; però se cessa il vincolo, l' ipoteca si consolida. Che tale vincolo cessò sui fondi urbani con la legge del 1805 e sui fondi rustici con quella del 1807. — Che il privilegio dell' asta fiscale appartiene esclusivamente al fisco *propter publicas pensitationes non solutas*.

220. La proprietà di un maggiorato istituito a prò di un figlio con la condizione di prender moglie prima dell' anno cinquantesimo, appartiene al figlio nel tempo della legge eversiva, benchè non abbia adempita la condizione, trovandosi morto il sostituito, ed esistendo un di costui erede estraneo (18 novembre 1823. — Mastrilli e Mastrilli).

D. Gian Battista Mastrilli aveva ordinato il maggiorato a favore del figlio D. Vincenzo con la sopradetta condizione, ed in caso di contravvenzione aveva sostituito D. Luigi e D. Giuseppe Mastrilli. In tempo dell'abolizione de fedecommessi, erano morti entrambi i sostituiti, ed era tuttavia superstite D Vincenzo. La Gran Corte Civile considerò, che in tali circostanze se fosse vivuto il testatore, egli avrebbe per certo preferito il figlio ad un erede estraneo del sostituito D. Giuseppe giusto le leggi *Cum avus*, e *Cum acutissimi D. de condit. et demonstr.*, e la Corte Suprema approvò questo giudizio della Gran Corte.

221. In una donazione a contemplazione di matrimonio ed a titolo di maggiorato fatta dal padre al primogenito, e da primogenito a primogenito, se avviene, che nel tempo dell' eversione dei fedecommessi lo sposo donatario è vivente, i beni rimangono liberi presso di lui, comunque si trovi nato il figlio primogenito (4 marzo 1826. — Petroni e Garzillo).

Lo donazione era stata fatta nel contratto di matrimonio. La Gran Corte aveva ritenuto resi liberi i beni nelle mani del primogenito del donatario, che in tempo dell' abolizione de' fedecommessi era già nato.

La C. Suprema osservò, che la donazione a contemplazione del matrimonio, tuttochè abbia qualche somiglianza con quello conosciute nel dritto romano sotto il nome di donazione *ante nuptias vel propter nuptias*, nondimeno ne differisce per l'oggetto, perchè mentre quelle donazioni del dritto romano miravano ad una liberalità tra gli sposi, la nostra riguardo il favore del matrimonio, e fa parte del contratto nuziale, sia per ottenere una dote maggiore, sia per facilitarne i pesi.

Che da ciò è derivato, che in esse i figli vengono contemplati *ex providentia patris*, purchè non risulti una volontà contraria, a qual fine erasi introdotta la cautela di Molfesio. Che nella specie essendo fatta la donazione tassativamente pel matrimonio, mancandovi la cautela sopradetta, ed essendosi dato espressamente allo sposo donatario il dritto di domandare l' assegnamento dei beni per sè

Digitized by Google

e pel suo primogenito, ne veniva per conseguenza, che il favore di questo era subordinato al favore del donatario, e che egli veniva alla donazione come erede del padre.

222. La donazione di una somma sufficiente i beni del maggiorato deve eseguirsi, ancorchè il gravato non possegga i beni in natura, ma il loro valore (27 marzo 1847 Palernò e Chiesa di Caravaggio).

Il fondatore del maggiorato aveva donato Duc. 2000 sui beni dello stesso. Aboliti i fedecommessi, i beni rimasero liberi presso il primo chiamato, ma poichè egli aveva donato il maggiorato ad un altro, fu condannato a dare al donatario non *i* beni, ma il loro valore. Ora questo donatario si negava al pagamento del debito, perchè diceva di non possedere *i* beni, che erano stati espropriati, ma un diritto di credito.

La C. Suprema osservò, che poichè il prezzo della cosa *stat loco rei*, e che il donatario invece della cosa ne possedeva il valore, il credito era esercibile su questo valore.

MARITAGGI.

223. Un legato di somma per invertirsene la rendita in maritaggi di donzelle povere pericolitanti e per celebrazione di messe non contiene sostituzione vietata (29 gennaro 1828. — Albiti e Beneficenza di Napoli).

La C. Suprema osservò, che bene aveva la Gran Corte Civile dichiarato, che un legato diretto a sollievo dell' indigente non è compreso nella sanzione dell' articolo 896, e che in tutti i tempi codesti legati sono stati protetti dal legislatore.

MINORAZIONE DI LEGATO Vedi *Legato*.

MINORE.

224. È nulla la donazione della donzella minore di 25 anni al futuro sposo fatta nei capitoli matrimoniali senza l' intervento del padre (15 febbraio 1848. — Coppola e Caposso).

La Corte Suprema osservò, che per l' articolo 288 delle leggi civili il figlio è soggetto all' autorità dei suoi genitori per gli effetti dalla legge determinati, sinchè non giunga agli anni 25 compiti, o non sia emancipato, o non abbia contratto matrimonio, o non viva con casa ed economia separata. — Che per l' art. 295 delle stesse leggi il figlio giunto agli anni 25 compiti ha bisogno dell' autorizzazione o del concorso paterno per donare immobili, non acquistati con la propria industria. — Che per gli articoli 1049 e 1352 il minore non può donare per contratto di matrimonio senza l' assistenza di coloro, il cui consenso è necessario pel matrimonio. — Che in fine la disposizione dell' articolo 295 succennata è generale senza distinzione di sesso o di età, e senza distinguere, se il figlio fosse o no separato dal padre di tetto, e di economia.

V. *Donazione a contemplazione o per contratto di matrimonio.*

MOBILI.

225. Il valore, che si dà ai mobili nell' atto di donazione, supplisce allo stato estimativo richiesto dalla legge (27 agosto 1831. — Jannelli e Mancini).

La donazione conteneva la specificazione degli oggetti mobili ed il loro valore. — La Corte Suprema osservò, che nelle donazioni de' mobili, che non si consegnano manualmente, comunque sia certo doversi unire alla minuta dell' atto stipulato innanzi notajo lo stato estimativo de' mobili, pure non è necessario, che questo stato sia fatto con atto separato, ma basta, che la donazione contenga il dettaglio ed il valore degli oggetti donati, ciò essendo sufficiente allo scopo della legge.

226. Le donazioni manuali di oggetti puramente mobili, come quelle che si compiono si perfezionano, e si consumano mercè la tradizione reale *brevi manu*, sono dispensate da ogni formalità di scrittura (20 giugno 1850. — De Petro e de Ley).

La Corte Suprema osservò, che la stipulazione innanzi Notajo è richiesta dal l' art. 855 per gli atti, che contengono una donazione tra vivi, ma non già per le donazioni manuali, che si fanno con la tradizione *brevi manu*. Che pe' doni di tale natura, ne sia qualunque il valore, la proprietà si trasferisce con la tradizione. (*Instit.* § 39, *de divis. rer. et acquir. eor. domin.*). Che anche per le nuove leggi la tradizione è un mezzo di acquistare il dominio. (Art. 1095 delle Leggi civili). Che finalmente l' art. 787 nel supporre la validità ed ordinare la collazione de' mobili non estimati, accenna evidentemente alle donazioni manuali, perocchè se fossero fatte con atto, sarebbero nulle per mancanza dell' atto estimativo.

MONACO.

227. La donazione di un Monistero fatta ai Monaci anteriormente alla loro soppressione sotto la condizione risolutiva, ove per qualunque causa non avessero potuto o voluto abitarvi, rimane rivocata, sopravvenuta la soppressione (15 giugno 1816. — Amministrazione de' Demani e del Balzo).

Digitized by Google

228. La donazione irrevocabile tra vivi fatta a favore di un Monaco, è operativa nell' interesse del Monistero, cui appartiene, specialmente quando il donatario sia il procuratore abituale e l'amministratore del suddetto Monistero. Ed ancorchè siffatta donazione mancasse di accettazione, s'intende pienamente convalidato con gli atti posteriori di volontario esecuzione (7 febbraio 18 2. — Teresiani di Napoli e Martini).

Con atto de' 19 di giugno 1819 D. Giovanni Martini aveva donato tra vivi alla Comunità della Madre di Dio in Napoli la Chiesa, i sacri arredi, le fabbriche, i giardini e tutt'altro, che aveva acquistato dal soppresso Monistero de' Padri Teresiani a Chiaja. Intervenne nell'atto il P. Anselmi di S. Pasquale Procuratore ed Amministratore del Convento, a ciò autorizzato con un atto particolare del capitolo, ma senza la facoltà speciale di accettare la donazione. La donazione era stata approvata dal Re. Nel 3 di gennaio 1820 lo stesso P. Anselmi in virtù di nuove facoltà ricevute accettò la donazione, e nel 21 del detto mese l'accettazione fu notificata al donante, il quale però sin dal dì 17 aveva rivocato la donazione. La G. C. civ. ritenne nulla la donazione, ma la Corte Suprema osservò:

Che ogni individuo in virtù della professione religiosa si reputava *tanquam filiusfamiliae aut servus*, e quello, che acquistava, acquistava pel Monistero. — Che per l'art. 15 del Concordato gli ordini religiosi essendo stati dichiarati capaci di acquistare, erano ritornate in vigore quell'antiche teorie. — Che non occorreva per questo il *jussus* del Monistero, necessario solamente per le adizioni di eredità. — Che l'accettante era il Procuratore abituale della Comunità, e che per ogni corpo morale l'accettazione deve farsi dagli amministratori. — Che il donante aveva volontariamente eseguita la donazione, e questa esecuzione valeva a sanarne il vizio, non essendo ad essa applicabile l'art. 1339 del Cod. civ. che parla di atti di conferma o di ratifica, mentre invece l'art. 1338 concerne il caso di volontaria esecuzione.

229. Un monaco secolarizzato non è incapace di far testamento (12 luglio 1831. — Pisciottano e Tucci).

La Corte Suprema considerò, che per l'articolo 8 delle Leggi civili occorre una espressa disposizione di legge, perchè una persona trovi ristretto l'esercizio de' suoi dritti civili. Che questa disposizione legislativa manca pel Monaco secolarizzato. — Che tale incapacità non si può desumere dall'antico divieto della facoltà di testare, dapoichè esso derivava dal principio di appartenere ogni cosa del monaco alla comunione; che non può desumersi neppure dalle antiche disposizioni legislative, che esclusero i claustrali da ogni successione testata ed intestata, perciocchè ciò concerneva la sola facoltà di succedere, e si collegava con le leggi di ammortizzazione. Che il Concordato avendo permesso a' Monaci de' Monasteri soppressi di rimanere nel secolo, mercè un indulto pontificio, nulla ha disposto sugli effetti civili della secolarizzazione; e che il Rescritto de' 9 di maggio 1822, pel quale i regolari sono stati dichiarati incapaci di succedere, non fa parola della facoltà di testare, nè è poi vero, che una facoltà dipende dall'altra.

230. Il monaco secolarizzato è capace di disporre per testamento o per atto tra vivi de' beni acquistati dopo la secolarizzazione (8 giugno 1850. — Zambrano, Guerra ed altri).

La Corte Suprema osservò, che il monaco sinchè vive nel chiostro, adempie il voto di povertà, privandosi dell'esercizio di ogni dritto di proprietà, cosicchè ogni suo acquisto è in vantaggio del Monistero. Che secolarizzato, resta sciolto ogni rapporto col Monistero. Egli acquista, e su' suoi acquisti sorge il dominio pel più legittimo titolo, quello del lavoro. Che il voto di povertà rimaneva in quanto era compatibile con lo stato di secolarizzazione e colle relazioni, e co' bisogni di questo stato. Restò fermo in quanto alla sostanza, ma non in quanto al dominio ed alla facoltà di disporre, che dal dominio deriva, perchè ciò non riguarda la sostanza del voto. Che sino a Giustiniano i monaci ritenevano anche nel chiostro il dominio delle cose loro, nè il dominio si oppone alla cristiana perfezione. Che del diritto di proprietà nessuno può essere privato senza una speciale disposizione, e questo manca.

231. Il peculio del Monaco secolarizzato acquistato nel ritorno al secolo non si appartiene al monistero, ma all'erede scritto o legittimo (10 settembre 1831. — Piscicelli e PP. Teresiani).

La Corte Suprema osservò, che non il voto di povertà, ma l'esistenza del monaco nel chiostro produceva l'impedimento di acquistare e trasmettere, perocchè quel voto non li privava de' dritti di proprietà in un modo assoluto, ma nel di lui nome essi si trasmettevano nel monistero. Che secolarizzato il monaco, nè essendovi incapacità assoluta pe' voti monastici, il secolarizzato poteva acquistare, ed il suo

peculio si trasmetteva all'erede testamentario o *ab intestato*.

232. Non è vietato al monaco di accettare una cappellania, l'adempimento di un legato pio, una prestazione alimentaria, un vitalizio, la donazione di una somma per costituzione di sacro patrimonio in caso di secolarizzazione (7 dicembre 1847. — Lezza e Sanseverino).

233. Arresto simile tra le medesime parti 16 novembre 1844.

234. I religiosi professi sono capaci di ricevere de' semplici legati vitalizi inerenti al di loro sostentamento, e per essi il legato di usufrutto viene limitato sino alla concorrenza di un discreto vitalizio.

È valida la donazione de' religiosi secolarizzati (13 gennaio 1848 Mariani e convento degli Agostiniani di Giovinazzo).

La C. Suprema osservò, che l'art. 15 del Concordato del 1818 ed il Rescritto del 15 di gennaro 1843 espressamente dichiararono la capacità del monaco ad acquistare pensioni vitalizie, comechè non a titolo di proprietà. Che un legato di usufrutto non è compreso in questa categoria, ma poichè nel più si comprende il meno, non deve privarsi il monaco della quota, di cui è capace, sol perchè non può avere l'intiero.

Che in quanto alla donazione, dopo i rescritti dei 9 di marzo 1822 e 15 di gennaro 1845 non si poteva più disputare sulla capacità del monaco ad acquistare. Che però in quanto al monaco secolarizzato, o egli può acquistare, e può donare; o non può acquistare, e non può più trasmettere al monistero, perchè egli non può più servire di organo allo stesso, e la cosa acquistata non è già acquistata, ma detenuta dal monaco.

235. Colui, che accetta il testamento di un ex religioso professo, non può più eccepire l'incapacità dello stesso in quanto al legato lasciato ad altri o peso dell'erede (8 luglio 1848. - Cappelloro ed Andreoli).

La C. S. osservò, essere nei principî della buona ragione come della legge, che colui, che riconosce per sè la capacità di testare, raccogliendo l'universo *jus* del defunto, non può sconoscere questa stessa capacità per un legato disposto a favore di un altro.

NOTAJO

236. Contra la dichiarazione del notaio di conoscere il testatore non si ammette pruova (21 settembre 1820. — Vecchi e Vecchi).

La Corte Suprema osservò, che avendo il notaio dichiarato di conoscere il testatore, questa dichiarazione rimaneva vera sino a che non era dimostrata falsa (articolo 1319 e 1341 Codice civile; 1273 e 1295 leggi civili).

237. Il notaio non è tenuto pel danno avvenuto dalla dichiarata nullità del testamento, che quando vi sia colpa, dolo, imprudenza, od imperizia (19 dicembre 1826. — Muti ed Orsi).

Il testamento era stato annullato, perchè uno de' testimoni adoprati era minore.

La C. Suprema osservò, che gli articoli 37 e 56 delle leggi sul notariato vanno interpretati ne' termini di ragione, vale a dire, che stabiliscono la risponsabilità del notaio, ove la nullità derivi da dolo o colpa, ed anche da imprudenza o imperizia. Che nella specie il testimone era comunemente riputato maggiore, e che era stato dal testatore presentato al notaio, il quale aveva portato con sè quattro testimoni, de' quali uno rimase escluso dal testatore per farlo rimpiazzare dal minore.

238. Annullato un testamento per essersi adoperato come testimone uno straniero, il notaio non è obbligato alla rifazione dei danni ed interessi verso l'erede scritto. (8 novembre 1831. — De Binse e Sforza).

La C. Suprema osservò, che l'obbligo del notaio consiste nell'osservanza delle solennità, che sono della natura dell'atto (art. 37 della legge del 3 gennaio 1809); che egli debba rispondere solo del numero dei testimoni e non della loro idoneità, tranne, quando non conosca le parti o il testatore perchè allora i testimoni deve esibirli esso stesso. Che inoltre il testimone adoprato, sebbene greco, era però in Napoli dalla sua più tenera età, e comunemente ritenuto come suddito del Re e godente dei dritti civili. Che perciò il notaio era incorso nell'errore comune, sempre scusabile (L. *Barbarius Filippus*, 3, D., *de off. praetorum*).

239. Il notaio, che è di un Comune e riceve il testamento in un altro Comune, non è responsabile dell'idoneità dei testimoni, che gli si fan credere idonei (11 gennaio 1827. — Viscuso e Viscuso).

La Corte Suprema osservò, che il notaio essendo del Comune di Campognano, era stato chiamato in quello di Melissano, epperò non vi era dolo da parte sua nel non conoscere i testimoni, che gli erano stati presentati.

240. La prescrizione trentenaria per la risponsabilità del notaio a causa dei vizi di forma di un testamento per atto pubblico da lui ricevuto, incomincia a correre dall'epoca dell'azione di nullità contro il testamento, e non già dalla data dello stes-

so dall'apertura della successione (4 aprile 1846. — Pagani, da Horatiis, Rossi ed altri).

La Corte Suprema, osservò, che quando la legge sospende l'ingresso alla prescrizione, stabilisce contemporaneamente il termine, dal quale può cominciare. Che questa non è una eccezione, ma una condizione necessaria per poter avere effetto. Che perciò non può essere prescritta un'azione, primachè sia nata, e possa essere sviluppata. Epperò l'azione di garentia contra il notaio non può essere prescritta primachè non si eserciti l'azione di nullità, da cui nasce.

NULLITÀ.

241. È nulla la donazione di una somma, della quale per convenzione precedentemente fatta con altri interessati non si poteva disporre, se non con atto di ultima volontà (6 febbraio 1821. — Criscuolo e Galeota).

242. Nel giudizio di divisione di una eredità si può contestare per incidente la nullità del testamento, che si produce (18 settembre 1851. — Pasca e Strommillo).

La Corte Suprema osservò, essere ben risaputo, che per le teoriche ricavate dalle leggi romane *de edendo*, la parte, contra di cui sia prodotto un documento in sostegno sì dell'azione, che della eccezione, ha dritto di dimandarne la nullità incidentalmente, e col merito della causa provocarne in qualunque modo la inefficacia e l'insussistenza.

OPERE PIE.

243. Se gl'individui della famiglia del testatore non possono pretendere i beni destinati ad opere pie, non è però loro vietato d'invigilarvi e chiederne l'adempimento (27 marzo 1845. — Fink e Branca).

La Corte Suprema osservò, che potendo gl'individui della famiglia del testatore domandare l'esatto adempimento della di lui volontà, sia in quanto al modo dell'amministrazione de' beni, sia in quanto all'esecuzione delle disposizioni testamentarie, ben potevano intervenirvi.

OZIONE — Vedi *Scelta*.

PARAGGIO.

244. Il paraggio dovuto alle femmine escluse dall'eredità paterna, è solamente un credito, e non una quota ereditaria (5 agosto 1817. — Sarelle del Vecchio e del Vecchio).

La Corte Suprema osservò, essere il paraggio un credito e non una quota ereditaria, e che sebbene nella passata giurisprudenza molte volte il paraggio si somigliava alla legittima, ciò avveniva per la valutazione della quantità relativamente alle nubili, e non ancora collocate in matrimonio.

245. Decisione simile (4 settembre 1817. Marzano e Marzano).

La Corte Suprema osservò, che se la costituzione *in aliquibus* nella esistenza de' maschi rimosse le donne dalla successione, era un paralogismo il conservarsi il dritto alla porzione legittima, mentre mancava il dritto a succedere. Che se fosse altrimenti, l'erede non avrebbe potuto avere il dritto di pagare la dote congrua in contanti.

246. L'azione di paraggio non è della stessa natura della legittima, ma una semplice azione di credito (18 giugno 1818. Cacciuttolo e Schiano).

247. Una dote di paraggio costituita dalle leggi anteriori al Codice civile, è dovuta dall'erede su' beni paterni liberi, ed in mancanza di questi su' beni fedecommessati, deve soddisfarsi co' frutti qualunque siasi la mutazione avvenuta nello stato o nella fortuna, sia della persona, che deve conseguirla, sia di quello che deve pagarla (16 dicembre 1817. Sarsale e Sersale).

248. Se il padre stabilisce con testamento la dote di paraggio alla figlia sotto la condizione delle nozze, il magistrato annullando la condizione come contraria alla natura del paraggio, equiparato alla legittima, e ritenendo la quantità del paraggio, in detto testamento dichiarato, non viola veruna legge (11 febbr. 1819. Figliola e Figliola).

La Corte Suprema osservò, che il paraggio accordato alle donne dall'Imperatore Federico per potersi congruamente collocare, si è riputato sempre dover vestire la stessa natura della legittima, senz'alcuna condizione o gravame, ancorchè diversa fosse stata la volontà paterna, e dovess'esser libero da ogni peso o restituzione, ed anche trasmessibile agli eredi della donna, giusta la comune opinione ricevuta nel foro dopo la decisione 618 del presidente de Franchis, che fissò questa massima, o che la donna fosse maritata o fossa morta nubile.

249. La dote costituita alla figlia pel paraggio a lei dovuto in vigore della costituzione *in aliquibus*, è un credito ipotecario, non già un dritto dominicale, e perciò ha bisogno d'inscrizione ipotecaria (17 giugno 1819. Grimaldi a Lombardo).

250. La donna dotata di paraggio dal padre sotto l'impero delle antiche leggi,

Digitized by Google

senza concorso di mala fede da parte di lui, non ha dritto dopo il contratto di matrimonio, eccetto il caso di una enormissima lesione, ad aumento di dote, nè può sofferirne diminuzione, ancorchè il patrimonio paterno si accresca o diminuisca. Molto meno vi ha dritto, o quando abbia anche senza compenso rinunziato alle future successioni, specialmente con la cautela di Maraota, o quando durante la vita della dotata, trovandosi quasi al termine la prescrizione di 30 anni, se ne dimandi il supplemento dopo la morte della medesimo, decorsa da più tempo siffatta prescrizione, dai di lei figli, benchè vi sia tra essi un minore (16 novembre 1822. — Guida e Starace).

La figlia era stata dotata dal padre nel 1775 ed era morta nel 1802 senza querelarsi del giudizio paterno. Ciò fecero i di lei figli, non prima però del 1819.

La C. S. osservò, che per l'antico dritto la figlia dotata dal padre non aveva verun altro dritto, nè si ammetteva censura del giudizio paterno; e se talvolta se n'è dubitato, ciò è unicamente avvenuto nel caso di enormissima lesione, la quale essendo una grande iniquità nel proprio genitore, non si presume giammai. — Che le rinunzie alle successioni future, comunque riprovate dal dritto romano, erano però ammesse nel regno per non fare passare i beni in estranee famiglie, e per la loro efficacia si chiedeva solo, che la donna avesse con giuramento specialmente rinunciato alle successioni future. Che per la donna dotata dal padre non vi era bisogno di compenso particolare per tale rinunzia alle successioni future, come avveniva, quando la rinunzia si faceva a favore del fratello, che dotava di paraggio la sorella. Che in fine essendo aggiunta alla rinunzia la cautela di Maranta, per essa avveniva, che se come eredi della madre i figli potevano impugnarla, come eredi del padre dovevano garentirla.

Che al dippiù la prescrizione era cominciata a decorrere dal giorno del matrimonio, perchè allora l'azione era nata; nè ostava la presenza di un figlio minore, perchè essa si era quasi compiuta in vita della madre.

251. Una dote di paraggio, costituita nel testamento paterno sotto l'impero delle antiche leggi, non è soggetta a diminuzione per circostanze posteriori alla morte del disponente, nè per la perdita del cespite assegnato per la più facile esazione (15 giugno 1824. — Del Giudice e Menecillo).

La Corte Suprema osservò, che se per dritto la misura del paraggio era il patrimonio paterno all'apoca dell'apertura della successione, questa regola doveva valere molto più, quando era stato fissato dal giudizio paterno, ed il diminuirlo per avvenimenti posteriori alla morte del disponente sarebbe stato un deviare dalle notissime teorie sulla materia. Nè valeva la perdita del cespite assegnato pel pagamento, sì perchè il testatore aveva voluto tutto il suo retaggio obbligato al pagamento del paraggio, sì perchè non bisogna confondere il dritto col modo del pagamento.

252. Il legato per dote di paraggio non ha nè ipoteca nè privilegio indivisibile sui beni degli eredi, ma divisibile ed in proporzione de' rispettivi beni pervenuti ai medesimi; moltopiù quando concorre il patto (29 aprile 1826 — Bottiglieri e Venieri).

Un testatore aveva istituito un erede in due terze parti dell'eredità, e nel rimanente terzo due altri eredi a quote uguali. Addossò a tutti il peso di duc. 4000 per le doti delle loro sorelle in proporzione delle loro quote creditarie. Sorse la quistione, se sulla casa ereditaria posseduta dall'erede di due terzi le legatarie potessero agire ipotecariamente per l'intiero o per due tersi soltanto de' loro legati.

La Corte Suprema osservò, essere diversa l'ipoteca de'creditori, diversa quella de' legatari; la prima competere contro l'erede, come contro il defunto; la seconda rimanere modificata dalla disposizione del testatore e della legge. Che la ipoteca legale accordata da Giustiniano al legato con la legge 1. C., *comunia de legat.*, non è individua, come di sua natura è l'ipoteca, ma divisa tra gli eredi, e non compete contra ciascuno oltre la sua porzione ereditaria. Tal'è la lettera della legge, e tale la intelligenza degli scrittori e del foro.

253. Il paraggio assegnato in testamento dal padre alla figlia si paga su i di lui beni dagli eredi universali, e non già dal legittimario, quantunque questi ne promise il pagamento nel maritare la sorella (23 dicembre 1830. — Filioli Effrem, e Faruci).

La C. Suprema osservò, che il debito del paraggio era un debito ereditario così per la legge, come pel testamento; quindi i legatari universali erano tenuti a soddisfarlo.

254. Il paraggio non si può stabilire senza liquidazione (3 luglio 1827. — Frezzella e Petronio).

Digitized by Google

255. La liquidaziona del paraggio deve cadere sullo stato del patrimonio all' epoca delle morte (27 febbraio 1849.—De Vera d' Aragona de Lignì ed altri).

La succeseione debitrice del paraggio si era aperta nel 1800, ma per patto la dimanda del supplimento del paraggio fu assoggettata ad un avvenimento, che si verificò nel 1820.

La C. Suprema osservò, che spetta il paraggio sui beni dell' eredità, e però le liquidazione del medesimo deve cadere sullo stato del patrimonio nella morte del genitore (L. 73 *ad Leg. falc.*). Che nondimeno l' azione pel supplimento essendo divenuta esperibile nel 1820, le perdite sofferta dal 1800 al 1820, indipendentemente dal fatto del debitore del paraggio, debbono ricadere a carico comune, come quelle, che sono inseparabili dal calcolo di un' asse ereditario.

256. La quantità del paraggio deve stabilirsi dopo la deduzione di tutti i debiti di sorte ed interessi gravitanti sull'asse; se questo è soggetto a graduazione, per stabilirsi il paraggio devesi attendere la chiusura della nota di ordine (20 marzo 1849. — Schipani, Ossorio, Apice ed Altri).

La Corte Suprema osservò, che per determinare il paraggio era indispensabile la prelazione de' debiti, e che l' ammontare di siffatti debiti non si può conoscere con la necessaria precisione, che nel punto della chiusura diffinitiva della nota, quando cessano gl' interessi a carico dei debitori, vien meno la possibilità delle produzioni tardive, e si liquidano le spese.

Patrimonio sacro.

257. La donazione fatta per causa di patrimonio sacro a colui, che posteriormente non è asceso al sacerdozio, è inefficace (16 marzo 1822. Massa e Massa).

La Corte Suprema osservò, che il giudizio, se la causa, che aveva determinato alla donazione fosse finale o semplicemente impulsiva, appartiene a' giudici del merito, e che nella specie la G. C. avendo dichiarato, che la costituzione del patrimonio sacro era la cause finale della donazione, bene aveva fatto e non tenerne conto, quando il donatario invece di ascendere al sacerdozio, aveva preferito di prender moglie.

258. La donazione fatta a titolo di sacro patrimonio ad un religioso osservante per secolarizzarsi, se il donetario in effetti si secolarizza, non è nulla per mancanza di accettazione (22 settembre 1827.—Saggese, Freda, o Capuano).

La donazione fatta a titolo di sacro patrimonio era stata trascritta, ed in vista della stessa era seguita la secolarizzazione.

La Corte Suprema osservò, che la destinazione del patrimonio sacro, immediatamente che si è costituito, ed ha fatto ottenere al Chiesastico lo stato, che con quel mezzo gli è attribuito, non può avere verun' alterazione, altrimenti si urterebbero le leggi ecclesiastiche ed il Concordato del 1818. Che bene la G. Corte, seguendo l' opinione di tutti gli scrittori chiesastici, aveva assimilata tale donazione a quella per causa di matrimonio, che non abbisogna di accettazione.

Penale; V. *Crediti.*

Peso; V. *Prescrizione.*

Prescrizione.

259. Il dritto a pretendere la dote di paraggio non si prescrive con qualunque decorrimento di tempo (11 febbraio 1819. — Figliola e Figliola).

La C. Suprema osservò, essere questo un atto facoltativo dipendente dalla volontà, epperò non soggetto a prescrizione.

260. Osta la prescrizione decennale all'azione di nullità dedotta anche in via di eccezione dopo il decennio contra una donazione, da cui risultano obbligazioni vicendevoli (26 giugno 1826.—Pirozzi, Lombardi e Grossi).

La Corte Suprema osservò, che la massima *quae agendo sunt temporanea, excipiendo sunt perpetua* derivava nelle antiche leggi dal principio, che nell' attore risiede la facoltà di fare sempre uso del suo dritto, ed il reo ***non habet potestatem***, che quando è convenuto. Nè i Giureconsulti Romani l'applicavano indistintamente a quelle eccezioni, le quali ***erant de ea re, de qua actio competere potuissent.*** (L. 9. §. 4. D, ***de jurejur.*** e 8. §. 13, ***de inoff. testam.***). Che d' altronde nelle leggi nuove ei prescrive in termini generali il tempo per attaccare le convenzioni, senza farsi menzione di altra via da tentarsi, scorso il termine, tra il quale il dritto ad impugnarle era esperibile. Che comunque la succennata massima potesse forse anche adesso talvolta applicarsi, non la era però alla specie, trattandosi di un contratto, che produceva obbligazioni in entrambi le parti.

261. Essendosi disposte delle somme, con testamento per celebrazione di messe, non ha luogo la prescrizione quinquennale contra colui, che deva celebrarle, malgrado, che il testatore avesse voluto, che la celebrazione si fosse fatta in diversi

anni con la corrispondente elemosina, e siano scorsi più di cinque anni da' rispettivi periodi di tempo, in cui le messe furono celebrate (26 settembre 1846. Orlando e Tullo).

La Corte Suprema osservò, che la prescrizione disposta dall' artic. 2183 delle Leggi civili ha solo per oggetto le annualità delle rendite, delle pensioni alimentarie, le pigioni, gli estagli, gl' interessi delle somme prestate, insomma tutto ciò, ch' è rendita, non dovendosi altrimenti intendere le espressioni finali del detto articolo. Epperò i capitali, quantunque per convenzione o altrimenti pagabili ad anno o a termini più brevi, non sono colpiti da una prescrizione, scritta solamente per le rendite e gl' interessi. E le somme disposte per la celebrazione delle messe sono capitale e non rendita.

262. Il donatario o i suoi eredi, cui si oppone la mancanza di denunzia dell' accettazione della donazione, può utilmente opporre la prescrizione trentenaria contra l' azione di rivendicazione del fondo, non ostante la nullità del titolo (8 luglio 1851. De Luca e Bassolillo).

La donazione, accettata con atto separato, non era stata perfezionata con la intimazione dell' accettazione fatta al donante. Però il fondo donato era sempre rimasto presso del donatario.

La Corte Suprema osservò, che sebbene un titolo nullo per difetto di forma non possa servire di base alla prescrizione di 10 e 20 anni a' termini dell' articolo 2173 delle Leggi civili, questa disposizione però non può estendersi alla prescrizione di 30 anni, regolata dall' articolo 2168, che non richiede nè titolo nè buona fede. Che la G. C. aveva malamente discussa la prescrizione trentenaria in quanto al dominio del fondo, mentre doveva esaminarla relativamente all' azione di rivindicazione, contra la quale si proponeva.

Proprietà nuda.

263. Una donazione del 1793 a causa di matrimonio della sola proprietà di un fondo, da consolidarsi con l' usufrutto dopo la morte del donante, e con la condizione di dovere il donatario dopo della sua morte cedere la proprietà e l'usufrutto di questo fondo a' suoi figli maschi, a lui sopravviventi, in mancanza de' quali potrebb'egli disporne liberamente, non dà a' figli del donatario durante la vita di costui azione alcuna per rivendicare il detto fondo espropriato in danno del padre, ma bensì un dritto eventuale subordinato alla loro sopravvivenza al padre medesimo (16 novembre 1820. — Barba e Gigliozzi).

A' termini della donazione, il donante riserbava l' usufrutto sua vita durante; dopo la sua morte l' usufrutto si aveva dal donatario; la proprietà passava a' figli di costui come figli e non come eredi, con l' obbligo di dotare di paraggio le figlie femmine; in mancanza di figli maschi il donatario poteva disporre a suo arbitrio de' fondi donati. Uno di questi venne espropriato in danno del donatario, e fu reclamato dai figli. Due decisioni della G. C. civile accolsero l' azione.

La Corte Suprema osservò, che il donatario essendo dopo la morte del donante usufruttuario de' fondi donati, il dominio non potendo rimanere sospeso, ne diveniva necessariamente il proprietario, ma con dominio risolubile, dovendo alla sua morte restituire la proprietà a' suoi figli maschi. Che questo era il caso del responso di Scevola contenuto nella l 15 D. *de auro et arg. legat.* Fè menzione della teoria di Baldo, per la quale l'erede scritto nel solo usufrutto senz' altro coerede, meno quello scritto nella proprietà dopo la morte di lui, resta anche proprietario, gode dell' usufrutto causale, ed in sua morte deve restituire la proprietà all'erede proprietario. Che nella specie, essendo ancora vivo il padre donatario, i figli avevano sola una speranza, un'aspettativa nel caso che fossero sopravvivuti al detto loro padre donatario.

Pruova.

264. Un istromento di donazione, che pone a carico del donatario il pagamento di una somma donata con precedente donazione, è principio di pruova scritta della seguita stipulazione della prima donazione (20 dicembre 1828. Colucci e Muzzelli).

La Corte Suprema osservò, che la seconda donazione facendo menzione della prima, era pruova scritta dell' esistenza di questa. Che non si trattava di rendere efficace una donazione fatta senza scrittura, ma bensì di assodare, se il titolo disperso fosse munito delle volute solennità, e che le pruove raccolte lo assicuravano.

Quota disponibile.

265. Quando una donazione è fatta sotto l' impero dell' antica legislazione, ad onta che il donante sia morto sotto l' impero della nuova, non si ha dritto a dimandare la quota di riserva, determinata da questa (27 novem. 1813. — Perazzi e Mascione).

Digitized by Google

La Corte Suprema osservò, che una donazione acquista forza irretrattabile sotto l'impero della legge, in cui è fatta.

L'avvocato generale sig. Ciancinlli disse; « Ma chi non sa in una discettazione « divenuta ormai superflua, il voto con« corde dei tribunali, che hanno applicato « le massime del Codice civile, la opinio« ne emessa dai più gravi scrittori, la ra« gione intrinseca della legge? Quando « taluno dispone con atto tra vivi ed irre« vocabilmente della sua proprietà, egli è « considerato dalla legge nell'intero eser« cizio dei suoi diritti, a menochè le obbli« gazioni, che egli contrae, non si oppon« gono alla legge, o indirettamente non la « insidiano, violando i buoni costumi Or « la legge per dirsi offesa deve essere « preesistente.—Hanno gli autori più sen« sati unicamente discusso, se gli atti con« dizionati, e purificati sotto una legge « diversa da quella, che dominava nel prin« cipio della obbligazione, dovessero da « questa piuttosto che da quella venire « regolati. Onde è nota la giudiziosa loro « distinzione tra atti compiuti ed atti in« compiuti. Quelli non possono intrinse« camente cadere sotto il potere di una « legge posteriore; questi ne debbono « assolutamente dipendere » E così conchiude, che una donazione inofficiosa deve essere giodicata con le leggi del tempo, in cui divenne perfetta.

266. Indubitatamente la legge, sotto la quale si apre la successione, regola la quota disponibile del testatore, in qualunque tempo il testamento si trovi fatto; però quando si tratta di conoscere sino a qual somma egli abbia voluto valersi della facoltà della legge a riguardo della sudetta quota, spetta al Giudice del merito il deciderlo (21 decembre 1820. — Falchini e Falchiai).

267. Non si può pretendere per quota disponibile più di quello, che il magistrato dalle espressioni del testamento rileva, essersi voluto lasciare dal testatore, ad onta che sia minore di ciò, che la legge permette (26 giugno 1824.—Ossorio y Figueroa e Petroni).

268. Per una successione aperta sotto l'impero della legge transitoria del 26 gennaio 1816 la quota disponibile è la metà dei beni ereditari e non il quarto, come si prescriveva dall' abolito codice civile, sotto il cui impero si trova formato il testamento (4 luglio 1826. — Borrella e Santamaria).

La Corte Suprema osservò, che le disposizioni testamentarie debbono esaminarsi in quanto alla forma con le leggi in vigore nel tempo, in cui furono fatte, ed in quanto alla sostanza con le leggi in vigore nel tempo dell' aperta successione.

269. Il testatore non ha dritto di scegliere i fondi per formare la sua disponibile (15 marzo 1827. — Pilla, Macchia ed altri).

La Corte Suprema ritenne le considerazioni dei Giudici del merito, i quali osservarono, essere inibita dalla legge al padre di famiglia ogni qualsivoglia disposizione, che possa sentire di arbitrio, e che sia diretta a rendere deteriore la condizione degli eredi legittimi, cui la quota è dovuta. Epperò non essere in facoltà del padre di comprendere nel disponibile i più vistosi fondi dell' eredità, perchè una quota non può mai venire perfettamente ragguagliata per via di supplemento di prezzo. Che anche per antico dritto era ferma tra i dottori la massima, essere la legittima dovuta al figlio *super qualibet* cespite. E che non era il caso della divisione del padre tra i figli, nel qual cas. tutto è subordinato alla sua disposizione

270. La donazione tra vivi del disponibile è donazione di beni presenti e futuri, quindi valida pei primi, invalida pei secondi. La misura di questa donazione è la legge del tempo, in cui diviene perfetta (28 aprile 1827. — Pisacane e Pisacane).

La Corte Suprema osservò, che la donazione in esame era donazione di beni presenti e futuri, e che essendo nulla pei secondi, era valida pei primi; che per questi essendo atto irrevocabile, la quota disponibile non poteva ricevere altra misura oltre quella del tempo, in cui divenne perfetta.

QUOTA EREDITARIA.

271. La quota ereditaria lasciata dal padre al figlio in quantità deve essere liquidata secondo il valore dei beni all' epoca dell' aperta successione, e non della dimanda (27 settembre 1848. — Avati e della Posta).

La Corte Suprema osservò, che ogni dritto dipendente da una successione si deve riguardare secondo l'epoca dell' apertura della successione, poichè se questa fa nascere il dritto, ne determina per necessaria conseguenza anche l'estensione. Che però le variazioni del valore ossia le perdite avvenute dopo l' apertura della successione non possono andare a carico di chi ha un dritto di credito, e non di dominio, perchè il lucro o la perdita di una cosa sieguono il proprietario e non il creditore.

Digitized by Google

Rappresentazione.

272. Quando alla successione del defunto concorrono figli e nipoti dei fratelli e delle sorelle premorte, la rappresentazione si ommette a favore dei nipoti per farli subentrare nel luogo dei rispettivi genitori, e prendere la porzione che sarebbe loro spettata, se fossero vivuti; non si ammette a favore dei figli e dei nipoti per risolire tutti alle persone dei fratelli e delle sorelle del defunto, da cui rispettivamente dipendono (23 giugno 1831. — Volpicelli e Volpicelli).

La C. S. osservò, essere la rappresentazione una finzione, per la quale i rappresentanti prendono il posto del rappresentato. Intendesi per rappresentato colui, che se fosse vivo, succederebbe per dritto proprio al defunto. Che quindi nella linea retta lo rappresentazione va all'infinito, perchè è d'uopo di giungere sino al figlio del defunto per trovare colui, che se fosse vivo, potrebbe succedere per dritto proprio. Che invece nella linea collaterale la rappresentazione si ommette sino o che i successibili si trovano in grado uguale, perchè allora il rappresentato avrebbe potuto succedere per dritto proprio, se fosse sopravvivuto. Che se lo rappresentazione progredisse più oltre sino a rappresentare il fratello o la sorella del defunto, diverrebbe ingiuriosa, perchè i collaterali più prossimi non solo vedrebbero uguagliato, mo abbattuto il loro grado dai collaterali più rimoti, e si troverebbero vinti ed esclusi da coloro, che senza della rappresentazione non avrebbero avuto dritto alla successione.

Registro.

273. Un'istromento di donazione non è nullo sol perchè registrato tardivamente e dopo la morte del notaio stipulatore (13 novembre 1845. — Piscione e Serio)

La C. Suprema osservò, che la omessione del notaio di registrare l' atto nel termine definito non è punita con la nullità dell'atto medesimo, ma con una multa; art. 19, 45 e 52, della legge del 21 giugno 1819.

274. La donazione di una rendita costituita non è pregiudicata dall' anteriorità dei crediti contra il donante (9 marzo 1847. — Marseglia e Bove).

La Corte Suprema osservò, che trattandosi di una rendita costituita, riputata mobile dalla legge, il dominio si trasmetteva senza l'impressione delle ipoteche o favore dei terzi. Epperò essa vinceva in anteriorità i crediti posteriori.

Riduzione.

275. Le donazioni fatte sotto l'impero del dritto romano non sono riducibili, che sino alla concorrenza del dritto, che i *successibili* avevano all' epoca, in cui le donazioni furono fatte, comechè il donante sia morto dopo la pubblicazione del Codice civile, (3 maggio 1827.—Del vecchio e Del Vecchio).

La Corte di Cassazione osservò, che gli atti di liberalità ai termini della Novella 92 cap. I debbono misurarsi conformemente al diritto, che al tempo, in cui sono avvenuti, potevano averviі successibili; ed in quel tempo le figlie non avevano altro dritto che quello del paraggio, che avevano già ricevuto.

Il Cavaliere Letizia, allora Procuratore generale presso la G. C. Civile, vi aveva detto: « Niuno ha ardito mai di sostenere, « che i contratti stipulati sotto di una leg- « ge, quando abbiano conferito degl' im- « commutabili dritti a favore di una delle « parti, possono essere colpiti dalla forza « di una legge novella. Chi avesse voluto « attenersi a questo sistema, sarebbe stato « potentemente respinto dalla massima di « ogni buona legislazione, che la legge « cioè non può comandare, che per le « cose future, mentre il passato non può « cadere affatto sotto il suo impero ».

276. La collazione non è da confondersi con la riduzione, perocchè gli effetti legali sono diversi. La prima mira al rapporto tra coeredi, la seconda guarda la riducibilità a favore dei legittimari contra i donatari o legatari (29 luglio 1824.—Salsa Berio e Capece Zurlo).

Vedi il n.° 47. In quella specie la C. Suprema osservò, che avendo la legge ordinato, che gli atti di liberalità non potessero eccedere una determinata quota, doveva prescrivere la riduzione di quelli, che l' oltrepassassero, cominciandosi dall' ultimo dei doni, che nelle disposizioni testamentarie è il legato del disponibile, indicando il modo da seguirsi, e le conseguenze, che n' emergono.

277. L' erede riservatario senza inventario non può domandare la riduzione delle donazioni fatte dal defunto (14 settembre 1348. — De Chiara e De Chiara).

La C. Supremo rilevò la testuale disposizione dell'art. 722 delle leggi civili, ed aggiunse, che quello disposizione riguarda specialmente le donazioni ed i legati, giacchè relativamente ai creditori dell'eredità l' erede non può pretendere mai la deduzione della riserva.

Vedi *Riserva*.

Rilascio del legato.

278. Non essendovi ancora la persona legit-

tima dell'erede, non può ordinarsi il rilascio del legato contra l'amministratore dell'eredità. 7 aprile 1831. — Catenacci, de Consalvo ed altri).

La C. Suprema osservò, che gli articoli 965 e 968 delle leggi civili espressamente dispongono, che ogni legatario, sia a titolo universale, sia a titolo particolare, debba chiedere il rilascio del legato dalle mani dell'erede. Epperò il rilascio del legato eccede le facoltà di un semplice amministratore, perocchè a prescindere dai citati due articoli il rilascio del legato è una delibazione dell'eredità, il che non è per certo un atto semplicemente amministrativo.

RINUNZIA.

279. È in libertà del donatario di rinunziare all' eredità intestata paterna per ritenere la donazione, ma se non rinunzia deve conferire la donazione, anche a contemplazione di matrimonio, se non si trova espressamente esentata dalla collazione (23 agosto 1813. — Maggio e Maggio).

La C. di Cassazione osservò, che per l'art. 845 del Codice civile (762 Leggi civili) si aveva la scelta di ritenere ciocchè era dovuto a titolo di donazione o di legato, rinunziando alla paterna eredità. Che però ai termini della legge 18 C. *de donat.* le donazioni anche a contemplazione di matrimonio, erano soggette a collazione, se non erano fatte a titolo di precapienza ed anteparte.

280. Le rinunzie alle eredità future, specialmente dei genitori, fatte nei capitoli matrimoniali sotto l'impero delle leggi antiche, sono nulle ad onta della cautela, detta di Maranta, cioè con l'obbligo dello sposo e del padre di lui di garantirle sui propri beni (7 agosto 1821. — Marincola e Marincola).

La dote costituita nel 1786 era stata di duc. 2000, mentre costava, che sei anni dopo il patrimonio del dotante era di ducati 160 mila. Si era promessa la rinunzia della sposa a qualunque successione futura a richiesta del dotante, ma non vi era documento di essersi effettuita.

La Corte Suprema osservò, che le rinunzie alle future eredità, e specialmente a quelle dei genitori, erano state sempre riprovate dalla legge (L. 4. C., *de inut. stipulat*). Che la malleveria segue sempre l'obbligazione principale, sicchè se nulla era la rinunzia, nulla era la malleveria promessa dallo sposo e dal padre di lui. LL. 27. D., *de obligat.*, — 129 o 178 *de reg. jur*).

281. Non si può accettare l'eredità, che si è rinunziata, se altro erede l'abbia già accettata. La rinunzia all'eredità salva le donazioni ed i legati, ma non la quota legittima (15 marzo 1827. — Caracciolo, Salluzzi ed altri).

La C. S. osservò, che il dritto di accettare una eredità rinunziata dura sinchè non sia stata accettata da altri; (art. 790 Codice civile — 707 Leggi civili). Che nella quota di riserva non si può succedere, che con la divisa di erede, che perciò la rinunzia alla eredità salva le donazioni tra vivi ed i legati, ma non mai la quota legittima.

282. È efficace la rinunzia antica per le successioni dei collaterali, aperte sotto lo impero delle leggi attuali (7 settembre 1848. — Gherardelli e Nocerino).

La Corte Suprema osservò, che la rinunzia alla successione di un collaterale era garentita dalle leggi antiche, e riconosciuta dal decreto di marzo 1817.

283. Colui che convenuto come erede, deduce di non volerlo essere, ed intanto non emette atto di rinunzia, non può dolersi della condanna come erede. Nè può giovarsi della facoltà di rinunziare in un trentennio, quando vi è l'interesse dei terzi (1 agosto 1850. — Gubitosi, Martirani, ed altri).

La Corte Suprema osservò, che gli eredi legittimi sono *ipso jure* impossessati dei beni, dei dritti e delle azioni del defunto con l'obbligo di soddisfare a tutti i pesi ereditari. Che la legge con l'investirli di tal possesso non è già, che li faccia eredi, perchè niuno è tenuto ad accettare una eredità, che gli venga devoluta, ma sibbene li presume tali, sino a che non mostrino la decisa determinazione di non volerlo essere. Che onde questa volontà sia efficace, è d'uopo che venga emessa in via di formale rinunzia presso la cancelleria del Tribunale civile della provincia, in cui si è aperta la successione. Che dalla succennata presunzione nasce la conseguenza, che l'erede, anche prima di deliberare sul partito che gli conviene, può essere chiamato in giudizio, però decorsi i termini per fare inventario e per deliberare. E che se l'art. 706 lascia per 30 anni imprescritta all'erede la facoltà di accettare, ciò vale quando non si frammezza l'interesse dei terzi, i quali se potessero essere obbligati ad attendere 30 anni, troverebbero prescritte le proprie azioni.

RISERVA.

284. Quando non si tratta di riduzione, il figlio donatario dopo di avere accettata la donazione precipua fattagli dal padre, non

può pretendere, che il valore de' beni donati ritorni fittiziamente nella massa ereditaria per ingrandire la sua porzione della riserba; ma precapita la donazione, si calcola la quota di riserba sul residuo del patrimonio (13 agosto 1812. — Duca di Miranda, Mazzuola ed altri).

La donazione tra vivi versava su di una somma di denaro, ed il donatario era il solo crede riservatario. Il donante aveva fatto delle disposizioni testamentarie. Il donatario doveva dunque avere la donazione e la sua riserva. Sorse quistione sul modo come quest'ultima dovesse calcolarsi. Ammettendo che il patrimonio fosse di 20, la riserva la metà de'beni, e la donazione di 6, è chiaro, che guardandosi l'esistenza effettiva de' beni ereditari, questi erano 14, e la riserva 7, perchè 6 erano stati alienati mercè la donazione. Quindi in questo caso il donatario e riservatario avrebbe preso 13. Ma se invece per determinare la riserva si aggiungessero fittiziamente a' beni esistenti quelli donati, la riserva sarebbe 10, ed il donatario e riservatario prenderebbe 16.

Il primo sistemo fu ritenuto da' giudici del merito e dalla Corte di cassazione. Questa osservò, che ad onta, che il figlio rappresentasse la doppia qualità di donatario e di successibile, rimaneva però colpito dall'art. 918 Cod. civ.. (834 Leggi civili), cioè che il successibile in linea retta, ove abbia prestato il suo assenso all'alienazione fatta dal defunto con atto di liberalità a favore del coerede, non può dolersi della donazione, nè può pretendere che si rimetta in massa per liquidare la riserva. Il che vale anche dippiù quando la liberalità del defunto ha riguardato il proprio vantaggio, poichè vi prestò necessariamente il suo concorso con l'accettazione, senza della quale l'atto di donazione sarebbe rimasto imperfetto.

In questa causa furono date delle dotte ed elaborate conclusioni dell'avvocato generale barone Winspeare. A noi, che tante grate riminiscenze di affezione e di gratitudine ci legano alla memoria di quel grand' uomo, ben si addirebbe il debito di riferirle. Ma riassumendole, come sarebbe d'uopo, perderebbero tutta la loro fisonomia, e riferendole per intiero, ci allontaneremmo di troppo do'confini, che ci siamo imposti. Diremo dunque soltanto, che egli distinguendo accuratamente le diverse specie, dalla legge contemplate, fe' chiaramente risaltare, che la composizione della massa per determinarsi la riserva nel caso d' inofficiosità della donazione o del legato, non poteva essere la stessa nell'altro, in cui non già di riduzione, ma unicamente di liquidare la riserva si trattava, e bellamente disse, che il ricorrente (il donatario e riservatario) pretendeva una riduzione da se stesso per diminuire il dritto degli altri.

285. La donazione che nel 1805 un fratello ha fatto all' altro senza lasciare la legittima alla madre, non è soggetta a riduzione, se la legittimaria non abbia agito nel quinquennio dall' adizione della eredità; massimamente se abbia accettato un legato, anche minore della legittima (11 dicembre 1828. — Grimoldi e Volletta).

La C. S. osservò, che l'azione spettante alla madre doveva esercitarsi tra un quinquennio dall' adizione dell' eredità; (L. 34 in fin, e l. 36, § 2, C. *de inoff. testamento*); perocchè presumeva la legge, che non provocandosi tal dritto nel periodo di cinque anni, tacitamente vi si fosse rinunziato, rimessa la querela, ed applaudito alla volontà del defunto, massimamente quando se ne fosse accettato uno qualunque legato.

286. Vi è bisogno di un' espressa rinunzia del riservatario per negarsi a' suoi eredi l'azione *familiae erciscundae* (2 dicembre 1848. — Argenziono, Capano ed altri).

287. Detratta dall'eredità di un minore pervenuto all'età di 16 anni, la quota, della quale poteva egli disporre, ed attribuita al di lui legatario, il rimanente nel concorso dell' avo materno e della germana deve dividersi in due quote uguali, e non già prelevare la riserva a favore della prima, e dividere il residuo in porzi uguali (7 dicembre 1850. — Pecororo e Palumbo).

La C. Suprema osservò, che in questo come in tutti gli altri casi d'incapacità assoluta la parte non disponibile si trasmetteva *ab intestato*. Che a titolo di successione intestata si riceve anche la riserva, come quella, che viene dalla legge, non dalla volontà dell'uomo. Che la legge non permette due titoli di successione intestata, tranne la sola eccezione per la successione anomala contenuta nell'art. 670 delle leggi civili, eccezione, che conferma la regola. Epperò l'ava e la sorella dovevano succedere a quote uguali giusta l' art. 671 delle leggi citate.

288. Il legittimario può opporre di terzo una sentenza emessa tra il debitore della legittima ed altri pel motivo di essersi provocata su di una simulazione diretta a scemare la sua quota sulla riserva (17 dicembre 1850. — Camera e Camera).

Erasi simulata una società generale di guadagni tra il padre ed altri, ed erasi

provocata una sentenza seguita da uno stipulato, che consumava le conseguenze di quella società. Il legittimario si oppose di terzo alla sentenza succennata.

La Corte Suprema osservò, due essere gli estremi per ammettersi l'opposizione di terzo; il pregiudizio, che nasce dalla pronunziazione, ed il non essere stato citato nel giudizio in cui la pronunziazione si è emessa. Entrambi concorrevano nella specie. Nè valeva il dire, che il legittimario era stato rappresentato dal padre, di cui era erede appunto perchè il legittimario, perocchè questo carattere di legittimario viene dalla legge indipendentemente dalla volontà dell'uomo, epperò se com'erede si è tenuto delle obbligazioni del defunto, come legittimario si ha il dritto di scuotere ogni fatto, che tende a defraudare i dritti, che n'emergono.

Riserva di disporre fatta in una donazione.

289. Vale la riserva apposta in una donazione, con la quale si dona la quota ereditaria paterna, e si riserba la disposizione di quello, che potrà spettare al donante dopo la morte della madre sulle di lei doti ed antefato, ipotecati sul patrimonio paterno (18 dicembre 1823.—Mauro e Scaligan).

Nel 1799 un fratello aveva donato all'altro la sua quota ereditaria paterna con la riserva succennata. Poscia morta la madre, aveva nel 1816 donato alla sorella la sua quota sulle doti e l'antefato materno. La G. C. ritenne inefficace questa seconda donazione, perchè il donante era in pari tempo com'erede del padre debitore della terza parte delle doti materne, e com'erede della madre creditore di questa medesima terza parte. Che perciò il credito si era estinto per la confusione.

La Corte Suprema osservò, che quando avvenne la donazione del 1799, viveva la madre, epperò il donante non era creditore delle doti materne. Trasmise egli dunque la quota ereditaria paterna col peso del pagamento del credito dotale, e ritenne la facoltà di disporre de' dritti eventuali sulla successione materna, i quali essendosi verificati nel 1816, validamente ne dispose per effetto della riserva.

290. Se una madre dona al figlio tutto ciò, che possiede, sia in proprietà sia in usufrutto, riserbandosi un assegnamento mensile, l'assegnamento deve considerarsi come una condizione e non come un obbligo del donatario (8 novembre 1831. Attanasio e Sindaci della fallita Buonocore).

291. La riserva contenuta in una donazione, fatta sotto l'impero del dritto antico, di disporre di una somma, con la clausola, che non disponendone, la somma riserbata si appartiene al donatario, dev'essere intesa nel senso della detta clausola, di talchè la somma non disposta appartiene al donatario.

La Corte Suprema osservò; che l'antica legislazione permetteva quella clausola, e le dava pieno effetto. Che la donazione tra vivi essendo fatta sotto le leggi antiche, doveva essere da queste regolate; nè l'art. 870 delle leggi civili poteva avere forza retroattiva.

Ritorno (patto di)

292. Il rescritto di settembre 1845 spiegativo dell'articolo 670 delle leggi civili è applicabile al ritorno legale e non al convenzionale (16 marzo 1848. Aleossi e Loago).

La Corte Suprema osservò, che il rescritto spiega l'art. 670, e questo concerne il ritorno legale, e non il convenzionale; quindi non è applicabile a questo. Che nella specie si era convenuto il ritorno della dote nel caso, che, premorta la prole, fosse poi la dotata trapassata, ed invece si era verificato il caso della premorienza della dotata alla sua prole, trapassata dopo di lei.

293. Il dritto di ritorno nel dritto antico non svaniva nel caso, in cui gli eredi del marito avessero restituita la dote alla vedova superstite (20 agosto 1846.—Rocco e Perillo).

La C. S. osservò, non essere nuovo questo ritrovato nell'antico foro, ma essere stato sempre condannato dalla giurisprudenza del S. C.

294. Quando la madre nei capitoli matrimoniali della figlia promette una somma sulle proprie doti, pagabile però dopo la di lei morte, ed aggiunge il patto di ritorno pel caso, che si sciolga il matrimonio senza figli, questo patto è inefficace (22 agosto 1846. — Giannini e Torrusio).

La Corte Suprema osservò, che i duc. 1500 dalla madre assicurati alla figlia sulle proprie doti, le spettavano a titolo di legittima, sulla quale non si poteva apporre veruna condizione. Che questa avrebbe potuto valere per quella parte di detta somma, che eccedeva la legittima, ma che per questo occorreva, che se ne fosse fatta espressa menzione, e fosse rimasta libera alla figlia la scelta di consentirvi. Il che non si era fatto, nè poteva farsi per la minorità della figlia, costituita sotto la tutela della dotante, e nella circostanza di avere uno sposo.

Digitized by Google

295. La disposizione dell'art. 670 delle leggi civili, che ordina il ritorno della dote all'ascendente dotante, quanda premuore la dotata, ha pure luoga, quando dapo la morte di costei, muoiono anche i figli, vivente il dotante (15 aprile 1847.—Sarro e Cartolano).

La Corte Suprema citò il rescritto dei 24 di settembre 1845.

296 Simile arresto (4 dicembre 1849.—Di Benedetto e Joppi).

Riversione Vedi *Ritorno* (*Dritto di*)

Rivocazione.

297. Un testamento nuncnpativo del 1766 poteva essere rivocato con dichiarazione antentica del 1774, munita della firma di quattro testimoni, del notaio e del Giudice a contratti; maggiormente quanda i figli con istromento abbiano ritenuta aperta *ab intestato* la successione paterna (17 aprile 1819. — Siciliani e Siciliani).

La C. Suprema osservò, che l'Imperatore Giustiniano nella legge 27 C. *de testamentis* volle per pruova legittima della rivaca di un testamento non sola la presenza di tre testimoni, ma benanche cumulativamente l'elasso di un decennio; però intendeva delle rivoche semplici verbali o scritte, non di quelle fatte con pubbliche scritture. Che inoltre era noto, essere diversa la disposizione della legge dall' uso di giudicare. Che l' atto di rivoca in disputa era rivestita di tutte le forme degli atti, che costituivano la specie di pruove, dette dai forensi *probatio probata*, e che il testatore, che aveva adoperata tante solennità, ed aveva fatto fare notamento in margine del testamento, non ci era dubbio, che aveva valuto morire intestato.

298. Una donazinne tra vivi per mancaaza di accettazione espressa può essere rivocata sino all' accettazione del donatario mercè il solo pentimento del donante, indipendentemente da ogni solennità (8 luglio 1812. — Patrizj e d'Arezzo).

La Corte Suprema osservò, che una donaziane imperfetta per mancaaza di accettaziane è un semplice progetto, che non trasferisce alcun dritto nel donatario, e che può essere rivocata da una sola volontà, come è stato fatto.

299. Un primo testamento nan è rivocato da una clausola rivocatoria compresa in un testamenta posteriare, dichiarato nulla (18 gennaia 1823.—Squillaccioti e Squillaccioti).

La Corte Suprema osservò, che per espressa disposizione di legge un testamenta si rivaca a con un secoodo, ugualmente valido, o con atta innanzi notaia, vale a dire con titolo autentico, non mai per la clausala rivocatoria, compresa nel testamento nullo. Che comunque nella redazione del codice si ebbe il proponimento di aggiungere, che la clausala rivocatoria, messa in un testamento nullo, valesse per rivocare il precedente, pure ciò non si fece, e l'art. 1035 rimase come era redatta. Che ciò risulta anche più dall'art. 1037 cod. civile, ove è scritto, essere valida la rivocazione contenuta in un testamento rimasto senza effetto per la rinunzia dell'erede o del legatario, dapoichè se valeva la rivoca in un testamento nullo, era inutile di dire dover valere quella conteauta in un testamenta caduco. Che i testamenti, che debbona farsi con atta innanzi notaio, e mancano delle solennità volute dalla legge, non compariscona agli occhi di questa, nè sono atti autentici. Che atto notariale è un vocabolo generica, che non sta da se, ma riceve l'essere ed il nome dalla volontà delle parti, come l'autenticità dall' uffiziale pubblico destinato a riceverla. E che se un cittadino ha adoperata i testimoni per un atto a causa di morte, questo non sarà altro, che un testamenta; invece sarà l'atto autentico di rivocazione, richiesto dalla legge, se questa e non altra è stata la volontà dichiarata del cittadina.

300. Il donante può rivacare la danazione prima dell' accettazione ad onta che la donazione sia fatta al minore *notario acceptante* (12 febbraio 1825. — Ranalli, Vitocolonna, e Pascucci.) V. n.° 302.

La C. Suprema osservò, che la donazione fatta all' assente, *notario acceptante*, è valida, ma rivocabile, sinchè il donatario non l' accetta. Ciò vale per tutte le stipulaziani, e specialmente per le donazioni, che per essere irrevocabili hanno bisogno del concorso della volontà del donatario. Che malamente s'invoca la legge 2, D., *rem pupilli salvam fore*, perchè essa contiene una eccezione alla regola, che ne rimane confermata.

301. Quantunque un semplice atta di rivoca non vale a rivocare una donazione per causa d' ingratitudine o d'inadempimenta delle condizioni, ma vi è bisogna di un giudicato, pure se vi sono tali fatti da parte del donatario da fare presumere essersi ritenuta valida e vera la rivocazione, tali fatti possono supplire alla mancanza del giudicato 16 giugno 1825. — Jaunucci e Marina)

Si aveva nella specie, che il donatario dopo la rivoca della donaziane non esercità dritti di domiaio sulla casa donata, ma dritti creditori; che intervenendo insieme col danante in una stipulato, questi ipo-

Digitized by Google

lecò la casa donata, ed altri fondi suoi propri; che nel ruolo fondiario la casa rimase sempre intestata al donante.

La C. Suprema osservò, che questi fatti, che facevano chiaramente vedere, avera avuto il donatario per vera e valida la rivoca, potevano supplire la mancanza del giudicato, richiesta in massima, specialmente per l' art. 881 della leggi civili, per la rivocazione in discorso.

302. Un secondo testamento nullo, benchè contenga la clausola rivocatoria, non annulla il primo (10 agosto 1826. — Ciaccia e Ginia)

La C. Suprema osservò, che gli atti civili ritualmente formati non possono essere distrutti, che da una volontà contraria di quella da cui emanano, e legalmente espressa. Epperò un atto nullo, e quindi inesistente, non può annullare un atto valido per la nota regola, che *quod nullum est nullum producit effectum*. Che la legge ha indicato due modi da annullare un testamento; che ciascuno di essi per poter produrre effetto deve riunire le condizioni giuridiche della propria esistenza; e se mancandone alcuna, l'atto si rende inefficace, l' ideare, che da un atto inesistente nella sua qualità possa emergerne un atto di diversa natura, è un ammettere l' assurdo, che il niente sia produttivo di effetto. Che risguardati questi due modi sotto il rapporto della volontà, si troveranno l' uno non corrispondente all' altro, dapoichè il secondo testamento maifesta la volontà di morire testato, e la dichiarazione innanzi notaio quella di morire intestato. Che invano si ricorre agli articoli 1310 Codice civile e 56 della legge sul notariato, perchè si riferiscono agli atti bilaterali, che sono perfetti come atti privati pel concorso della volontà dei contraenti, mancandovi solamente l' autenticità per difetto di forma.

303. La donazione fatta *notario stipulante et acceptante*, può rivocarsi sino all' accettazione della donazione (10 febbraio 1830. — Ranalli e Vitacolonna).

La Corte Suprema con la decisione riportata nel n.° 299 aveva annullata la decisione della G. C. Civile dell'Aquila, che aveva stabilita la massima contraria. La Corte di rinvio decise come quella dell'Aquila. La C. Suprema a camere riunite osservò:

Che le massime scolpite nelle leggi romane nitidamente ammettono la rivocazione nell' esposto caso. Che le leggi patrie non avendole cambiate, il magistrato non poteva deviarne. Che l' interpretazione dottrinale si ammette solo nell' ambiguità ed oscurità della legge, e gli arbitri de' giudici, rifrenati già dal dispaccio del 1774, sono incompatibili anche più con l' attuale legislazione. Che gli argomenti di analogia non hanno luogo, che ne' casi simili a quelli, pe' quali il legislatore ha pronunziato, e simile al presente non è il caso della legge 2, C., *rem pupillam salvam fore*. Meno simile è quel lo dalla pollicitazione, perchè il voto alla Divinità o alla repubblica non può assimilarsi al voto a favore di un particolare.

Il cav. Letizia, procuratore generale, disse in questa occasione: « La G. C., è « stata dell' opinione negativa, e la sua proposizione è basata su due principi; « l' uno, cha la leggi romane valsero tanto presso di noi in quanto furono accettate; e l'altro che per le donazioni l'uso « del foro ed il costante stile di giudicare « siansi appartati dal rigore del dritto ro- « mano. Affermo con franchezza, che il « primo è inesatto, il secondo erroneo ed « insussistente. » Indi cita in sostegno della massima della C. S le leggi 38, § 17, *de verb. obligat.*; 125 § 2, D. *eod.*; 3, C. *de contrahenda et com. stip.*; 10 e 19, § 2, D., *de donationibus*; li §§ 4 e 18 delle Instit., titolo *de inutilib. stipulat.* Ricorda la compilazione della legislazione giustinianea; la discoverta dei libri del dritto nel XII secolo, la scuola di Bologna, la ripristinazione presso noi della Monarchia come Stato indipendente, l' osservanza in allora prescritta del dritto romano a canonico, degli usi feudali, delle costituzioni del regno, dei capitoli degli Angioini, dei riti della G. C. della Vicaria e della Regia Camera della sommaria, delle prammatiche, dei reali dispacci, e delle consuetudini di Napoli e di Bari; finalmente l'osservanza del dritto romano rimasta in vigore dalle due legislazioni del 1809 e 1819, in quanto non è stato abrogato nè dal Codice civile, nè dalle leggi civili. Ed in quanto al secondo punto dopo di avere fermato il principio, che non essendo ambigua o oscura la legge non è permesso decidersi con l' autorità degli scrittori o con l' uso delle scuole, a di avere a tale proposito ricordati i dispacci dei 23 di settembre 1774 e 26 di novembre 1791, cita l'autorità di Sorge per dimostrare, che anche nell' antico foro si riteneva la massima adottata dalla Corte Suprema.

304. Il legato espressamente rivocato non si può intendere tacitamente ripristinato (7 agosto 1827.—Fernandes e de Marinis).

Il legato era stato fatto nel 1784, con-

Digitized by Google

fermato da un codicillo nel 1787 e rivocato tre mesi e mezzo dopo.

La C. Suprema osservò, che in dritto era da sapersi,se il legato rivocato espressamente potesse per le leggi 3, § 11 e 4 D., *de acquir. vel trasf. legat.* ripristinarsi per congetture. Che le citate leggi chiaramente fissano il principio, potersi i legati ed i fedecommessi togliersi in forza di volontà presunta, e ripristinarsi in forza di contrarie congetture, epperò la sola massima, che può ricavarsene, si è che una volontà presunta può essere distrutta da contrarie presunzioni, mentre nella specie trattasi di una volontà espressa, che si vorrebbe distrutta da una volontà presunta.

305. Il donatario, che retrocede al donante il fondo donato per esonerarsi dai pesi, ai quali è onnoxio, non fa un atto gratuito, e quindi non è rivocato con la sopravvenienza dei figli.—Non è esercibile dai figli la rivoca, che non sia stata preparata dal padre, molto meno contro i terzi possessori dei fondi alienati prima della rivoca (20 novembre 1828. — Mastronicola ed Ariani).

La C. S. osservò, che la retrocessione del fondo donato per liberarsi dai pesi, che vi gravitavano, non era una liberalità. Che in quanto al secondo capo erano notissime le dispute dell' antico foro, se la rivocazione della donazione per sopravvenienza dei figli avvenisse *ipso jure*, o vi fosse bisogno di una dimanda, e che perciò coloro, che preferivano questo seconda opinione, ammettevano anche, non potersi la rivoca esercitare dal figlio, se non era stata preparata dal padre, nè esercitarsi contra i terzi possessori dei fondi alienati precedentemente alla rivoca.

306. La legge 8, C., *de revocandis donationibus* non è applicabile alle piccole donazioni fatte nel 1796, le quali per le leggi romane non si rivocavano per la sopravvenienza dei figli; molto meno quando si trattava di donazioni rimuneratorie (16 settembre 1845. — Marchio, Squadrilli, Consiglio ed altri).

La C. S. osservò, che avuto riguardo al patrimonio del donante, le donazioni, avvenute nel 1796, erano di poco momento; quindi per dritto romano non soggette a rivocazione. Che inoltre erano fatte *ob causam* in ricompensa delle cure prodigate dal donatario al donante (L. 1, C., *de donationibus*).

307. L' erede non ha dritto a domandare la rivocaziona nè la rescissione di una donazione, quando in caso d' inadempimento dei patti, in essa apposti, la rivocazione si trova dal donante stabilita a favore di un terzo, e la rescissione limitato al solo caso, non verificato, in cui l'oggetto della donazione venisse a mancare (22 febbraio 1845.—Mortini e PP Carmelitani Scalzi)

Alla tragressione degli obblighi ingiunti al donatario si era annessa la caducità a favore dell' albergo dei poveri. Quindi l' erede del donante non vi aveva dritto. Lo rescissione poi si era limitata al caso, in cui non si erigesse in provincio l' ordine dei Carmelitani nel Regno nè al tempo del giudizio questo fine del donante era mancato.

308. Quando nella donazione fatta dallo zio ai nipoti vi è donazione di una somma al domestico del donante, pagabile dopo la morte di costui, se la donazione è rivocata prima dell' accettazione del domestico, questi non ha azione per ripetere detta somma (18 agosto 1846. — Ambronzioo e Canale).

La donazione era stata fatta dallo zio ai nipoti con l' obbligo di pagare duc. 30 al domestico in rimunerazione dei servigi prestati. Prima dell' accettazione, la disposizione fu rivocata.

La Corte Suprema osservò, che se la disposizione si riteneva come donazione, era rimasta inefficace, perchè rivocata prima dell' accettazione. Se come mandato affidato dal donante al donatario nel favore di un terzo, il mandato era stato rivocato primachè il terzo avesse dichiarato di volerne profittare (art. 1075 leggi civili).

309. La donazione rimuneratoria non è soggetta a rivoca per ingratitudine, se non che il Magistrato deve conoscere sino a quanto la donazione è compensativa, e per quanto non lo è; per questa secondo parte la donazione è semplice,e perciò soggetta a rivoca (23 dicembre 1847. — Parisi e Mele)

La G. Corte Civile aveva dichiarato in termini generali ed assoluti,che anche le donazioni rimuneratorie sono rivocabili per ingratitudine. La Corte Suprema osservò, che con ciò la G. Corte aveva violato la disposizione dell' art. 1188 delle leggi civili, che vieta la ripetizione di una somma volontariamente pagata per un obbligazione naturale ; il quale principio è applicabile alle donazioni rimuneratorie, dapoichè con esse si ricompensa un' obbligazione, anche solamente naturale, e la rivocazione potrebbe tutto al più applicarsi a quello, che eccede tale ricompensa.

Scelta (dritto di).

310. Il donatario di somma in beni immobili

col dritto di scelta sul patrimonio del donante non può rivendicare dal terzo possessora un fondo alienato dall' erede del donante prima della scelta (25 gennaio 1851. — Armentano e della Ratta).

La C. Suprema ritenne, essere in donazione di ducati 1300 pagabile dopo la morte del donaote sopra beni immobili a scelta. Osservò, che quando anche la donazione fosse stata di beni e non di somma, il dominio non si sarebbe trasmesso nel donatario prima della scelta, perchè comunque sia dell'essenza della donazione l' immediato trasferimento del dominio, pure è d'uopo per questo, che la cosa sia certa e determinata, e tale non è, quando non apparisce *quid, quale, quantum est;* (L. 75, D., *de verb. oblig.*). Che l'articolo 1083 delle leggi civili è applicabile alle obbligazioni, che producono il *jus ad rem*, ma per acquistare il *jus in re*, efficace relativamente ai terzi, la cosa dev' essere certa e determinata. Che se per le leggi attuali alla trasmissione della proprietà non è più necessaria la tradizione, come per dritto antico, occorre però il consenso particolare sull'oggetto preciso, che si vuole acquistare; (art. 814, 1092, 1428 LL. civ.), e comunque l'art. 1430 riguardi oggetti mobili, presenta però l'applicazione dell' enunciato principio, che è generale. Che nella donazione col dritto di scelta v' ha incertezza assoluta sui beni, che potrebbero scegliersi, e però non si può ammettere, che il donatario, abbia acquistato un dritto dominicale sui medesimi sia dal momento della donazione. E che una tale teorica è incompatibile con lo spirito dell' attuale legislazione, che aborre da tutto ciò,che vincola ed inceppa la libera circolazione della proprietà.

Sostituzione fedecommessaria.

311. È nullo un testamento fatto anteriormente al Codice civile,contenente sostituzione al di là del primo grado, se la successione siasi aperta sotto del medesimo Codice (23 agosto 1813. — Maggio e Maggio).

Il testamento era stato fatto nel 1806, ed il testatore era morto nel 1809. — La Corte di Cassazione osservò, essere un assioma oramai riconosciuto in giurisprudenza,che riguardo ai testamenti le forme estrinseche dell' atto sono regolate dalle leggi del tempo,in cui è fatto,e la sostanza della disposizione da quelle dell'apertura della successione. Che mal s' invocava la legge intermedia del 15 di marzo 1807, che annullava la sostituzione e non l' instituzione o i legati di talchè la sostituzione era sparita, e sol rimasta l'instituzione, o il legato, perciocchè quella legge era applicabile alle successioni aperte sotto il suo impero. Che una disposizione testamentaria non acquista esistenza legale agli occhi della legge, che nel momento della morte del suo autore, sino allora altro non essendo, che un semplice progetto. E perciò cominciando ad esistere giuridicamente in allora,dalla legge di quel tempo è regolata.

L'avvocato generale Cianciulli nelle sue conclusioni stabilì gli stessi principi, e rispondendo all' obbiezione, che si ricavava dalla legge 29 C. *de testam.*, e dalla novella 66, cap. 1 § 4 e 5, osservò, che Giustiniano volendo sottrarre i testamenti già fatti dalla disposizione della novella 18, cap. 1, ne fece con quelle leggi una espressa dichiarazione, ma la necessità di questa espressa disposizione, che manca presso di noi, convalidava la teoria, che si esponeva.

311. La reciproca sostituzione di due persone nell' usufrutto non è, che una sostituzione volgare, la quale ne' casi preveduti si opera per legge in virtù del dritto di accrescere (5 luglio 1815. — di Lucia e di Lucia).

La Corte Suprema osservò, che l' usufrutto non si acquista, che con la percezione, vale a dire ogni volta che si percepisce (art. 585 Codice civile; 510 Leggi civili), per cui ove mancasse la reciproca sostituzione dei due consufruttuari, l'uno si troverebbe sostituito all' altro per virtù del dritto di accrescere giusta l'art. 1044 del codice civile, (999 delle Leggi civili), comunque non vi si faccia specie e menzione dell'usufruttuario, come era fatta nel dritto romano a norma delle leggi 6 e 10, D., *de usufruct.* giacchè i principî delle due legislazioni sono gli stessi. E di vero non acquistandosi l' usufrutto, che con l' atto della percezione, si accresce non la porzione alla porzione, ma l'usufrutto alla persona, e così l' usufrutto si trova compreso nelle regole generali senza bisogno di una specifica disposizione.

312. Una donazione, in cui il donatario fosse incaricato di conservare e restituire ad una terza persona, è nulla anche riguardo allo stesso donatario (8 marzo 1816. — de Angelis e Lelo)

La C. di Cassazione si soffermò alla testuale disposizione dell'art. 896 del codice civile, e confutando l' opinione di coloro, che sostenevano,non essere il gravame di restituire obbligatorio neppure

pel donatario, ri'evò due essere stati i motivi determinanti la secooda parte del detto articolo, il 1.° che il dispooente aveva prediletto più il sostituito, che l' instituito, dapoichè al primo aveva data la cosa limitatamente, ed al secondo illimitatamente; ora distruggendosi il fedecommesso, e oon avendo voluto il testatore, che il gravato avesse la intiera proprietà, era giusto di preferire gli eredi legittimi, non potendo avere la volontà del testatore la sua integrale esecuzione; il 2.° il timore, che il gravato eseguisse volontariamente il fedecommesso.

313. La dooazione in usufrutto da dover avere effetto dopo la morte del donante fatta nel 1793 dal padre al figlio a contemplazione di matrimonio, con la chiamata de' figli maschi del donatario come figli e non come eredi dopo di lui nell'usufrutto e proprietà dei beni donati, comprende una sostituzione fedecommessaria, la quale oon può avere alcun effetto, quando il donante si trova morto sotto l'impero della nuova legge (19 gennaio 1819. — Barba e Gigliozzi).

La donazione era stata fatta dal padre al figlio a contemplazione dal matrimonio di quest' ultimo. Questi doveva diveoire usufruttuario della donazione dopo la morte del donante. Alla morte del donatario la proprietà e l'usufrutto dovevano spettare ai suoi figli, come fig'i e non come eredi. In mancanza di figli, il donatario poteva disporre di tutto.

La Corte S. osservò, esservi in questo una vera sostituzione a favore dei figli maschi, subordinata alla loro sopravvivenza al padre loro. Che le sostituzioni fatte o per atto tra vivi o per testamento sotto l' impero del'e vecchie leggi, erano sempre colpite di nullità. Che noa era applicabile la sostituzione permessa dalle nuove leggi, perchè il peso di restituire oon tornava a vantaggio di tutti i figli.

314. Un fedecommesso istituito sotto l' impero delle leggi romane da due fratelli a pro del figlio maschio di quello tra loro, che il primo si ammoglierebbe. con progressione e qualità di primogenitura, veale il carattere di un patto di famiglia, da considerarsi come donazione per modo da non rimanere abolito. (6 novembre 1823. — Milelli e Salsano).

La doazione era stata fatta nel 1775, e nel 1803 era stata d chiamata la spettanza a favore del primogenito dei beni compresi nella doazione.

La C. Suprema osservò, che le leggi romane permettevano le donazioni a favore dei figli nascituri, e che quelle *contemplatione matrimonii* a favore dei figli da tali matrimoni con progressioni e qualità comprendevano un patto di famiglia accolto dal costume patrio e dall' uso del foro. Che con la dichiarazione di spettanza a pro del primogenito di il possesso dei beni presi dal padre io nome di lui, la donazione aveva ricevuto il suo compimento, e quindi il patto legalmente stipulato, rimaneva volontariamente eseguito.

315. Non è vietata la disposizione, nella quale all'obbligo di restituire non si congiunga il divieto di alienare (16 aprile 1825. — Brancati, Gallucci, e Muscatelli).

D. Domenico Brancati aveva istituiti eredi i due suoi germani D. Filippo e D. Stefano, e li aveva sostituiti reciprocamente, nel caso che l'uno premorisse all' altro. Premorendo entrambi, rimanevano sostituiti i figli maschi di Stefano. Morendo poi costoro senza eredi testamentari, rimanevano sostituite le figlie femmine lo stesso Stefano.

La Corte Suprema osservò, che le due prime sostituzioni sooo volgari, perchè si prevede la premorienza al testatore; che nell' ultima non si limita la facoltà di disporre dell' istituito, neanche per atto di ultima volontà, potendo anche disporre per testamento, e che perciò non essendovi d vieto di alienare, il semplice precetto di restituire in mancanza di disposizione tra vivi o di ultima volontà non importava fedecommesso.

316. Una doazione, che contenga sostituzione è nulla a riguardo della sola sostituzione (4 marzo 1826. — De Stefano e de Stefano).

La donazione era stata fatta nel 1812 al donatario ed a'figli nascituri, ed il donante, che aveva ritenuto l'usufrutto, era morto nel 1813. Vi era detto. che alla morte del donatario tanto la proprietà che l'usufrutto avesse o dovuto passare ne'figli maschi nasciturì, ed in mancanza de' maschi alle femmine.

La C. S. citò l'art. 943 del'e LL. civili, la regola *utile* per *inutile non vitiatur*, ed osservò, che la menzione de' figli maschi nel capo 5 della donazione non poteva distruggere i dritti, che co' capi 2 e 3 i figli nascituri senza distinzione di sesso vi avevano acquistato. La rivocazione si domandava da due d 'tre donanti superstiti, che per undici anni avevano volontariamente eseguita la donazione. Essi avevano pattuita l'irrevocabilità della stessa, e la Corte Suprema osservò, che i giudici del merito nel dichiararla nulla avevano violato la legge 1, D. *de pactis* e l'art. 1088 delle LL. civili.

Digitized by Google

317. Una donazione fatta dallo zio al nipote con l'obbligo al donatario di cedere i fondi donati a pro di un pronipote, ove morisse senza figli, non contiene una semplice condizione, ma bensì una sostituzione fedecommessaria vietata. Ed ove si dia luogo a transazione tra il donatario ed il chiamato, essa è nulla a riguardo de'dritti successori relativi alla donazione, e riman salva per altri dritti indipendenti da' medesimi (20 aprile 1826. — Rotondaro, Profeta ed altri).

La donazione era stata fatta nel 1773 ed ampliata nel 1775 con la dichiarazione, che morendo in qualunque tempo il donatario senza figli naturali e legittimi, il fondo donato dovesse passare ad alcune persone designate.

La Corte Suprema osservò racchiudersi in questa disposizione una sostituzione fedecommessaria, perchè il donatario acquistava immediatamente il dominio del fondo donato, che doveva poi restituire ai sostituiti.

318. La disposizione, con la quale s' instituisce un erede in un fondo con l'obbligo di doverlo cedere dopo la sua morte ad un terzo, e dopo la morte di questo terzo trasmettersene il godimento ad altri, è una sostituzione fedecommessaria, e non una instituzione distinta nella proprietà ed un'altra nell' usufrutto (27 aprile 1826. — Romairone e Gravante).

Il testatore aveva istituito sua moglie erede universale, ed aveva voluto, che un canone ereditario dopo la morte di sua moglie *fosse andato in benefizio di D Teresa e D. Angiola Romairone*, e dopo la loro morte ai loro figli.

La C. S. osservò, che non essendosi mai parlato di usufrutto, era oziosa la disputa, se si trattasse di usufrutto formale o causale. Che il testatore non aveva lasciato direttamente il canone alle due Romairone, ma le aveva unicamente contemplate con parole oblique, e che considerandole obliquamente dopo l'instituzione della moglie, ne derivava una sostituzione fedecommessaria, acquistando esse la speranza eventuale di succedere dopo la morte della erede. Che ove anche il testatore avesse istituita la moglie nell' usufrutto, pure la proprietà sarebbe rimasta presso di lei attesa la condizione *dopo la morte vada in benefizio*..., il che importa. che niun dritto, meno la semplice espettativa, si acquistava dalle predette signore Romairone.

319. Quando il testatore dispone il successivo passaggio della proprietà de' beni e l'obbligo di conservare e restituire, si ha la sostituzione fedecommessaria (23 novembre 1826. — Lauridia e Ferrone).

La Corte Suprema osservò, che il successivo passaggio della proprietà de' beni e l'obbligo di conservare e restituire sono caratteri certi ed essenziali della sostituzione fedecommessaria.

320. Il prelegato del disponibile a favore del figlio in assoluta proprietà con la condizione però, che *non casandosi*, oppure *casandosi, e non facendo figli maschi, allora voglio, che dopo la sua morte debba passare alle altre sue figlie femmine*, non contiene una sostituzione vietata (6 giugno 1829. — Buglione, de Benedictis, Cardone ed altri).

La Corte Suprema osservò, non leggersi in questa disposizione nè divieto di alienare nè obbligo di restituire, come la G. C. aveva opinato. Che le sostituite non esistevano, ma dovevano nascere dal donatario, nel caso si fosse casato, il che era un atto tutto potestativo di esso donatario. Che questi non casandosi, era impossibile potere nascere figlie femmine, e che perciò la sostituzione come impossibile doveva aversi non apposta.

321 Nel legato di mobilia con obbligo di disporne in morte come il testatore aveva manifestato a voce, vi è una sostituzione fedecommessaria, che non vizia però il legato nella prima chiamata (14 settembre 1830. Morro e Morro).

La Corte Suprema citò l' espressa deposizione dell' art. 943 delle leggi civili.

322. Se la proprietà si lasci ad alcuno dopochè l'abbia altri posseduta, non passa per sostituzione volgare, ma per fedecommessaria, e quest' abolita, la proprietà si rende libera presso il gravato.

Il testatore aveva istituito eredi due sorelle e la moglie, le aveva sostituite reciprocamente, ed aveva voluto, che l' ultima erede a morire, disponesse come egli sin d'allora disponeva; o *titolo legati* disponeva a favore de' figli di due fratelli. Aveva detto, che degli stabili fossero usufruttuario, e potessero avvalersi di ducati 500.

La Corte Suprema osservò, che per le parole del testamento le tre eredi erano evidentemente eredi non meno nella proprietà, che nell' usufrutto. Che la limitazione del testatore di essere le eredi usufruttuarie degli stabili, non separò l' usufrutto dalla proprietà, ma indicò solamente, che degli stabili, esse potessero solo disporre di una certa somma. ed il resto tramandarsi dall' una all' altra sino all' ultima morente, che doveva disporne, come impose il testatore. Che perciò le

eredi scritte percepivano l'usufrutto non come servitù in cosa aliena, ma come proprietarie de' beni con obbligo di restituirli, il che è la sostituzione fedecommessaria. Nè valeva il dire, averne il testatore sin d'allora disposto *jure legati*, perchè dopo data la proprietà alle eredi, non potea darla a' legatari, i quali in effetti l'acquistavano unicamente dopo la morte delle dette eredi.

323. Quando fratelli e sorelle si fanno reciproca donazione e sostituzione, e stabiliscono, che dopo l'ultimo morente debba succedere un altro fratello non contraente, e trovandosi premorto, i suoi figli maschi, non si ha una sostituzione vietata. (8 marzo 1828. — Marotta e Marotta).

La Corte Suprema osservò, e servì nella specie una sola donazione dell'usufrotto a favore dei poc scenti col dritto di accrescere tra loro, e della proprietà a favore dell'altro fratello non contraente o dei suoi figli.

324. È nullo sotto l'impero del Codice civile un testamento, nel quale s'instituiva erede un figlio ed a lui si sostituivano i figli, ed a costoro le zie (29 novembre 1849. — Tortora e Tortora).

La Corte Suprema osservò, avere voluto la giurisprudenza temperare il rigore dell'art. 896 del Codice civile, che con la sostituzione dichiara nulla pure la istituzione. Che ciò erasi praticato, quando era sembrato ai Giudici possibile di separare lo clausola della sostituzione dall'altra dell'instituzione, non potendosi in questo caso presumere di avere voluto il testatore egli stesso la nullità della instituzione, essendo nulla la sostituzione. Che ciò erasi anche fatto nell'altro caso, in cui la instituzione era caduta in persona di un figlio per natura e per legge chiamato a succedere al padre. Ma che niuno di questi casi nella specie si verificava.

Sostituzione reciproca.

325. Una disposizione fatta nel 1761, con la quale erano istituiti eredi i figli, ed ordinato, che quello di essi, che morisse senza figli, dovesse restituire i beni ai figli degli altri fratelli espressamente chiamati, non accorda dritti sul patrimonio di uno di questi figli prete pel motivo, che essendo prete, non può lasciar figli, ma una semplice speranza dopo la morte del medesimo (28 settembre 1820. — Mondelli e Giuliano).

La Corte Suprema osservò, dipendere qui la sostituzione da due condizioni; la prima, che uno degl' instituiti non avesse figli; la seconda, che alla sua morte esistessero figli degli altri fratelli. Che lo stato ecclesiastico di uno dei figli instituiti aveva fatto verificare la prima condizione, ma che per la seconda doveva attendersi la di lui morte, insino alla quale i figli dei fratelli non avevano, che una semplice speranza.

326. Un'altra decisione della Corte Suprema dei 22 giugno 1816 dichiarò, che la disposizione del numero precedente racchindeva una sostituzione fedecommessaria, a-bolite le quali, i beni rimasero libere negli attuali godenti; che perciò il figlio prete aveva acquistata la proprietà incomutabile della sua quota ereditaria.

327. Per darsi luogo alla reciproca tacita sostituzione è necessario, che non solo sia fatta nel tutto, ma che sia fatta all'ultimo a morire (27 febbraro 1823. — Abenante e Martucci).

La Corte Suprema citò in sostegno di questa massima le leggi 87, 89, e 78 ad S. C. *trebell.*, sicchè quando il sostituto è chiamato dopo la morte degli istituiti *post mortem vestram*, non si è al caso della reciproca, ma la parte di colui, che muore dopo l'adizione, è subito dovuta al sostituto, senza attendere la morte di tutti gli altri istituiti.

328. Decisione simile dei 14 di febbraio 1824. — Cortese ed Adolfi.

329. Se il testatore lascia la sua eredità ai figli maschi del fratello con la reciproca sostituzione tra essi, morendo senza figli, non si ha una istituzione diretta nell'ultimo moriente, ma sibbene una sostituzione fedecommessaria, la quale abolita, manca l'obbligo della restituzione.

La Corte Suprema osservò, che avendo il testatore lasciata la proprietà della sua eredità ai figli maschi di suo fratello, con reciproca sostituzione tra loro, morendo senza figli, da ciò emergeva il trasferimento della proprietà a loro favore dal primo momento, in cui si deferiva l'eredità, e l'obbligo di restituirla agli altri, se qualcuno morisse senza figli. Perciò mancava la instituzione diretta nell'ultimo moriente, e si aveva quindi la fedecommessaria. Epperò i beni fedecommessati rimasero proprietà libera del godente.

330. L'instituzione di più eredi con la reciproca sostituzione in caso di premorienza senza figli a favore degli eredi, che avranno prole maschile, va intesa nel senso, che succedono tanto gli eredi, che hanno figli alla morte del gravato, quanto quelli che ne avranno in seguito (10 marzo 1827. — Corte, Caprec, ed oltri).

La C. S. osservò, che nelle disposizioni testamentarie pure la capacità è necessa-

Digitized by Google

ria nel giorno della morte del testatore; nelle condizionali, nel giorno, in cui si verifica la condizione. Che la condizione non si può dire mancata, sinchè è sperabile, che si verifica; che ciò può avvenire prima come dopo la morte del testatore. Che giusta la legge 36 D. *de cond. et demonst.* i beni in questo frattempo sono presso gli eredi del gravato in aspettativa dell'avvenimento, di onde la condizione dipende. — Che nella specie la condizione di avere figli maschi non era limitata al momento della morte del gravato, e che perciò dovevano succedere tanto gli eredi, che hanno figli in morte del gravato, quanto gli altri, che possono averne.

SOSTITUZIONE VOLGARE

331. Per disposizione di legge le istituzioni e sostituzioni volgari si rendono caducate, se specificatamente non sinsi adempiuta la condizione, sotto della quale sono state fatte (8 marzo 1813 — De Tommasi e de Tommasi).

SOTTOSCRIZIONE.

332. La semplice assertiva del notaio stipulatore di un testamento di non avere potuto la testatrice firmarlo, non adempie al voto della legge, che vuole la dichiarazione della testatrice a pena di nullità (12 decembre 1846. — Cavallo Favilla, di Lauro e Mirabelli).

La Corte Suprema osservò che per gli articoli 15 e 26 della legge sul notariato il notaio deve fare menzione della dichiarazione delle parti e dei motivi addotti per non potere o non sapere scrivere; e ciò a pena di nullità. Che per l'art. 899 delle leggi civili tal dichiarazione da farsi dal testatore è espressamente ingiunta nei testamenti per atto pubblico. E che la prescrizione della legge non è adempita, quando la dichiarazione del notaio supplisca quella del testatore.

SOTTRAZIONE

333. La cosa sottratta dall'eredità va divisa tra gli altri eredi, esclusi i sottrattori, secondo le quote ereditarie ordinate dal testatore (21 decembre 1847. — Di Donato e Majo).

La Corte Suprema osservò. che le cose sottratte, dalle quali i sottrattori sono esclusi, vanno divise come la eredità, di cui fan parte. Che il testatore avendo dato il disponibile ai maschi e la riserva alle femmine, in questo medesimo modo si doveva dividere il denaro sottratto dalla eredità. Che la colpa di un erede non poteva migliorare nè peggiorare la condizione degli altri.

SUCCESSIONE RECIPROCA.

334. È nulla la successione reciproca convenuta tra sorelle in un istromento del 1802 (25 luglio 1829. — D'Errico e D'Errico).

La C. Suprema osservò essere questo un patto successorio vietato dal vecchio e nuovo dritto.

SUCCESSORE UNIVERSALE.

Vedi *Erede*.

SUGGESTIONE.

335. Il convincimento del giudice del merito sull'inesistenza della suggestione in un testamento, non è soggetto a censura (30 novembre 1847. — Angiulli, Giannuzzi ed altri)

La C. Suprema osservò, che i Giudici del merito avevano fatto un diligente esame ed una completa discussione delle pruove raccolte e che il loro convincimento, giuridicamente ottenuto, non era soggetto a censura.

TERZI; Vedi *Trascrizione*.

TESTAMENTO.

336. La fede di un testamento non debb'essere soggetta alle pruove per via di mezzi indiretti e su semplici assertive.

Per la invalidità del testamento desunta dal difetto di volontà o da volontà estorta da dolo, o da suggestione fraudolenta, compete azione di nullità e pruova della suggestione dolosa, e non già darsi adito al falso incidente (5 agosto 1830. — Colucci-Latilla e Telesio).

La C. S. osservò, che anche quando si dava la pruova testimoniale per attaccare la fede di ogni atto, i testamenti le schivavano senza un fondato sospetto, che ne facesse dubitare. Che oggi sarebbe non lieve errore soggettarveli per mezzi indiretti e su semplici assertive. — Che d'altronde i mezzi dedotti miravano a fare dichiarare invalido il testamento per difetto di volontà, o per volontà estorta da dolo o da captazione fraudolenta. Ma in questi casi la legge ammette l'azione di nullità e la pruova del dolo e della captazione; e che perciò potendosi ottenere quello, che si domandava, per le vie ordinarie, non doveva facilmente ammettersi il falso incidente.

TESTAMENTO INOFFICIOSO. Vedi *Inofficiosità*.

TESTAMENTO MISTICO.

337. Nel testamento mistico la mancanza

Digitized by Google

nell' atto di soprascrizione della dichiarazione del notajo di conoscere il testatore, produce la nullità del testamento. Lo stesso per la mancanza dell' indicazione del nome, cognome, paternità, ed abitazione dei testimoni, e della menzione da parte del notaio dell'intervento di essi testimoni, non ostante che i testimoni nel firmare l'atto già chiuso avessero indicato il loro nome, cognome, e le altre caratteristiche. Lo stesso anche della mancanza della dichiarazione del testatore di essere stato il testamento scritto da altri e da lui sottoscritto, nè vi supplisce la dichiarazione del notajo. Finalmente il testamento è anche nullo nel caso, in cui le firme non sieguono l' atto, ma lo precedono. (6 luglio 1818. — Buracchi, d' Attilio e Mancinelli).

La Corte Suprema osservò, che non altrimenti è permesso a chicchessia di disporre dei proprî beni, se non nelle forme stabilite dalla legge, e le formole prescritte pei testamenti debbono osservarsi sotto pena di nullità.

338. La mancanza della menzione espressa della esibizione di un testamento mistico del 1795 fatta dal testatore al notaio in presenza dei testimoni, non produce la nullità dell'atto, quando desumendosi la formalità da equipollenti, dipende siffatta mancanza più da inesattezza di locuzione, che da omessione effettiva; specialmente se si serbi l'uso del luogo, in cui il testamento si è fatto (28 agosto 1821.—Mercadante e Tucci).

La Corte Suprema osservò, che dal complesso dell' atto di chiusura, si rilevava essersi nell' essenza adempito al voto del legislatore nelle formalità richieste dalla L. 21, *hac consultissima* C., *de testamentis*. Il notaio dice, avere il testatore formato il testamento, e volere, che il *presente*, cioè l' atto, che egli aveva nelle mani, avesse il suo effetto. I testimoni firmano il testamento come rogati dal testatore, ed assicurano di averlo veduto sottoscrivere. E poichè l' atto di chiusura è uno, e non si poneva in dubbio l' *unico contextu*, così tutto questo, e quindi la esibizione del testamento dal testatore al notajo, aveva dovuto seguire in presenza dei testimoni. Che con la legge 24 del titolo citato Giustiniano avvertì, che se le ambiguità ed omissioni dei testamenti dipendono non *ex mente testatoris*, ma per vizio del notaio, non si debba defraudare la volontà del testatore. Finalmente osservò, che trattandosi di testamenti fatti per dritto antico, si ammettevano sull'atto pruove anche estranee, e queste essendo state compilate, era rimasto provato, che la forma adottata era quella generalmente ricevuta nel luogo in cui il testamento si era fatto.

339. Un testamento mistico nullo non può valere come testamento olografo, sebbene ne abbia i caratteri (3 aprile 1813. — Carrapa e Valente).

La Suprema C. considerò, che l' atto prende forma e vita dalla volontà delle parti, come l' autenticità dall' uffiziale civile, destinato a riceverlo. Che il testatore avendo voluto fare evidentemente un testamento mistico non volle fare un testamento olografo, *et actus agentium nunquam operatur ultra eorum intentionem*. Che perciò la C. Corte avendo ritenuto il testamento olografo, perchè l' atto era scritto, datato, e sottoscritto dal testatore, aveva ritenuto quello, che il testatore non aveva voluto.

340. L' invalidità di un testamento mistico non trae seco la invalidità della istituzione di erede fatta in un posteriore testamento pubblico, non individualmente, ma confermandosi soltanto l'erede istituito nel testamento mistico (16 agosto 1823. — Lavagna e Sabino).

In giugno 1814 si era fatto il testamento mistico, e nel 1819 quello per atto pubblico, nel quale erasi confermata l' instituzione di erede fatta col testamento mistico, e diversamente disposto intorno ad alcuni legati. Il testamento mistico fu dichiarato nullo; ma valida la instituzione di erede fatta nel secondo.

La Corte Suprema considerò, che pei principî generali l' erede non solamente può essere dichiarato con la designazione del suo proprio nome, ma anche per mezzo di segni e dimostrazioni, che infallibilmente lo determinino. Che il testamento mistico fu dichiarato nullo per difetto di forme estrinseche, ma che questa nullità non alterava la verità del fatto di essere scritto in quel testamento la persona di Antonio Sabino per erede: che perciò il testatore riportandovisi, venne a designare l' erede in un modo indubitabile.

341. Non è nullo un testamento mistico per omessa menzione nell'atto di soprascrizione della lettura e pubblicazione, e perchè presentato dalla testatrice al solo notajo, quando offre, che il notajo richiesto dalla testatrice a formare l' atto del rogito e della presentazione, vi aveva adempito alla presenza dei testimoni, e la testatrice in loro presenza aveva firmato il testamento e l' atto di rogito (25 novembre 1826. — Scaramuzza, Lanzella, e Cantarini).

Digitized by Google

La Corte Suprema osservò, che i testimoni richiesti dalla testatrice erano stati presenti all' atto, e che non essendo contradetta l' unità del contesto, tutto era stato fatto in loro presenza; che il notaio aveva dichiarato, che richiesto dalla testatrice a formare l'atto del rogito e della presentazione vi aveva adempito, e che le formalità specifiche richieste dall'articolo 39 della legge sul notariato non erano prescritte a pena di nullità.

342. Il testamento mistico può essere scritto di più caratteri; basta, che sia firmato dal testatore (18 luglio 1829. — Provincia di Aquila e de Rubeis)

La Corte Suprema osservò, non esservi alcuna legge, che vieta ad una persona, che dispone con testamento mistico di fare scrivere il suo testamento da un altro, ed aggiungervi poi di sua mano, o fare scrivere da un' altra persona, uno o più legati, o soggiunte. Essa vuole soltanto, che il testamento sia sottoscritto dal testatore.

343. Il testamento mistico dev' essere suggellato con qualunque suggello, senzachè vi sia bisogno necessariamente d' una impronta.

Nell' apertura di un testamento mistico non è necessario, che il Giudice firmi il testamento e l' atto di soprascrizione.

Quando l'atto di soprascrizione contiene l'esibizione del testamento al notaio in presenza dei testimoni, importa di averlo il testatore presentato al notaio ed ai testimoni.

Non è nullo il testamento, se il notaio aggiunga altro foglio di carta, ove quello, che chiude il testamento, non basta per l' atto di soprascrizione; specialmente poi se il notaio ed i testimoni sottoscrivono l' uno e l' altro foglio.

In questo caso se il *fatto letto e pubblicato* siegue le firme del primo foglio, ma le parole hanno uno stretto legame con quelle, che sieguono nel secondo foglio, e tutto resta in fine convalidato dalle ultime sottoscrizioni, ciò non induce nullità, tanto più se nel secondo foglio si dichiara, essere l' intero atto stato fatto senza deviare ad altri atti.

Non è nullo un testamento mistico, se manca l'indicazione dell'ora, in cui l'atto è compito, e così, essere stato fatto nel medesimo contesto senza deviare ad altri atti (10 novembre 1846. — Del Monte, Vitale ed altri).

La Corte Suprema osservò, che il precetto dell' art. 902 delle leggi civili mira ad un duplice scopo; custodire l' inviolabilità del segreto del testamento in forma mistica; preservare l' identità del testamento dalle frodi, dalle malignità suggerite. Il primo scopo è affidato al testatore, che deve presentare l' atto chiuso e suggellato; il secondo al notaio. Nella specie il testamento era chiuso con lacci a vari colori e con cera lacca; mancava l' impronta. Che la voce sigillare nell' idioma italiano ha un doppio significato; nel senso ampio significa comprendere le parti con una materia idonea a stringerle; nel senso di rigore la voce sigillo dinota un istromento di metallo o di qualunque altra materia, che apponendosi sulla materia molle, ne rileva l' impronta. Che non avendo il legislatore aggiunto alla voce suggellata, contenuta nell' art. 902 leggi civili, altro vocabolo, non può dubitarsi, che siasi adoprata nel senso ampio. Che la voce *chiuso* si riferisca al segreto della disposizione, al che non provvede la voce *suggellato*, perchè si può apporre un suggello al testamento senza chiuderlo.

Che la legge non ordina, che il giudice firmi il testamento e l'atto di soprascrizione, quando viene aperto. Che l' avere il testatore esibito il testamento al notaio in presenza dei testimoni, importa necessariamente di averlo esibito al notaio ed ai testimoni. — Che l' atto di soprascrizione cominciato sul foglio, che contiene il testamento, può ben compiersi in un foglio aggiunto. Che le parole *fatto letto* e *pubblicato* avendo un nesso intimo con quelle, che sieguono nel foglio aggiunto, sul quale si trovano le sottoscrizioni del testatore, notaio e testimoni, ne seguiva, essere state le indicate parole confermate da tutti coloro, che sottoscrissero l' atto. Che per ultimo, costando dell' unico contesto, ed essendo stata indicata l' ora, in cui il testamento fu cominciato, non era nullo per non essersi indicata quella, in cui è finito.

344 La mancanza d' impronta nel suggello apposto ad un testamento mistico non lo rende nullo ai termini dell' art. 902 delle leggi civili (17 aprile 1847. — Gervasi, Pesce e di Froja).

La Corte Suprema osservò, che nell' articolo 902 leggi civili la legge non parla affatto d' impronta, come non ne parla negli articoli 993, 995. 996. Ne parla invece nell' art. 985 della procedura civile e negli articoli 72 e 93 della procedura penale. Da che siegue, che ove il legislatore lo ha voluto, lo ha detto. Che nella specie è inapplicabile la legge *consultissima*, perchè riguarda un sistema diverso.

(*Nota*). In grado di rinvio la G. Corte Civile di Napoli in prima camera ha adot.

tata una diversa massima con Decisione dei 22 di dicembre 1847. Osservò, che il *chiudere* importa necessariamente adoprare una materia tegnente, atta a stringere le parti, dapoichè la semplice piegatura non vale chiusura; che perciò la parola *sigillare* deve avere il significato particolare dell' impronta, altrimenti significherebbe la medesima cosa che *chiudere*. Che l'articolo 985 delle leggi di procedura rafforza il ragionamento, perchè vi si parla di semplice suggello, e s'intende con l'impronta.

Contra questa decisione fu prodotto ricorso, ma vi fu poi rinunziato.

TESTAMENTO NUNCUPATIVO.

345. Nel testamento nuncupativo, ossia per atto pubblico, l'erede deve essere nominato espressamente dal testatore, nè è sufficiente, che egli approvi quello scritto nel testamento dal notaio (22 maggio 1810. — del Re e Tessitore).

Per dritto romano l'erede nei testamenti nuncupativi doveva essere nominato di propria bocca dal testatore. La quale disposizione non fu rivocata da veruna legge posteriore, e molto meno dalla prammatica del 1804, la quale invece confermò le anteriori leggi sulla materia così comuni come del regno.

TESTAMENTO OLOGRAFO.

346. È valido un testamento olografo fatto dal nazionale in paese straniero con le forme indicate dalla legislazione ivi imperante, e che si trova di avere vigore tra noi alla morte del testatore (15 gennaro 1820. — Filomarino e Monteville).

La Corte Suprema osservò, che ogni atto deve essere rivestito delle formalità in uso nel luogo in cui fu fatto. Che il testamento in disputa, fatto a Marsiglia nel 1808 trovavasi nell' apertura della successione rivestito delle forme prescritte presso di noi.

347. Un testamento olografo, in cui concorrono gli estremi prescritti dalla legge per la sua validità, cioè che sia scritto interamente, datato, e sottoscritto di propria mano del testatore, non cessa di essere tale, qualora la disposizione trovisi scritta in carta semplice e con cassature (27 luglio 1824 Franchini e Franchini).

Il testamento era scritto, datato, e sottoscritto dal testatore, ma sopra carta libera, e con cassature ed interlinee.

La Corte Suprema osservò, che il testamento olografo non richiede altre formalità tranne l'essere scritto, datato, e sottoscritto dal testatore. Che la legge non esige che sia scritto su carta bollata, e che tanto per dritto romano, quanto per dritto nostro le cassature e le interlinee (menochè queste non fossero scritte di alieno carattere) non annullano il testamento. Quello, che *consulto* è cassato, non si deve, e quello, che è messo su versi, è dovuto, quando è scritto di carattere del testatore.

348. Il testamento olografo non essendo un atto autentico, il Giudice di Circondario non può accordare il possesso dei beni all' erede in caso di contradizione (15 gennaio 1831. — Loise, Serio, ed altri).

La C. Suprema osservò, che per la mancanza di autenticità nell' atto, esso non era un atto per se stesso esecutorio, di talchè vi era bisogno dell'ordinanza del Giudice Regio, il quale, se poteva accordarla, poteva pure negarla nei casi, in cui credeva di non poterla rilasciare per la contradizione, che si faceva al testamento.

349. Il Giudice di Circondario dopo di aver accordata ordinanza d'immessione in possesso dei beni ereditari all' erede in forza di testamento olografo, non può emettere una seconda ordinanza a favore di altro erede portatore di altro testamento olografo, benchè di data posteriore al primo (20 aprile 1847. — Perrone e Perrone).

La Corte Suprema osservò, che i Giudici di circondario nell' esercizio della facoltà sopradetta esercitano una giurisdizione prettamente volontaria, per la quale è loro dato unicamente di conoscere, se il testamento sia tale per le sue forme estrinseche e sostanziali, quale la legge lo vuole. Che accordata una prima ordinanza, ha esaurita la sua giurisdizione, nè potrebbe accordarne una seconda senza pronunziare nel concorso di due contendenti, e discendere ad un esame tuttaffatto contenzioso.

350. Il testamento olografo può farsi con lettera missiva: la data può apporsi così in principio che nella fine (26 giugno 1847 — Ungaro, Revelly ed altri).

351. La premorienza dell' instituito non dà luogo a caducità del testamento olografo, quando il testatore abbia in seguito surrogata altra persona con postilla marginale, da lui scritta, datata, e sottoscritta (7 dicembre 1847 — de Martino Masca, e Cota).

La Corte Suprema osservò, che cessa la caducità del testamento, quando il testatore ha surrogato altro erede al premorto, e che questa surrogazione comunque fatta con postilla marginale, produce tutti gli effetti di un testamento olografo, quando la postilla è scritta, datata,

e sottoscritta di propria mano del testatore.

352. Una lettera scritta ad un amministratore ed al medesimo neppure spedita, in cui si dice di volere largire una parte delle proprie rendite per istituire due ospedali, non vale come donazione nè come testamento olografo quando oltre i requisiti voluti dalla legge, non risulti la disposizione a causa di morte (13 febbraio 1851. — Adelardi e Beneficenza di Reggio).

La lettera, che la Gran Corte di Catanzaro aveva ritenuto per testamento, era scritta nei seguenti termini:

« Caro amico » — Sulle rendite mie « intendo e voglio largire ducati 1000 di « rendita netta per istituire due ospedali « pei poveri storpi del distretto di Palma « e di Reggio a somiglianza di quell'ospe- « daletto di Colloreale di Messina.

« Vi saluto di cuore.

« Dico ducati 1000 di rendito per ambo « gli ospizi di Beneficenza. — Antonio « Mazzitelli — Vostro sincero amico. — Antonio Mazzitelli.—Al sig. D. Giuseppe « Logoteta — Reggio. »

La Corte Suprema osservò, che comunque una lettera missiva possa ritenersi come testamento olografo, quando ne riunisca le forme, pure è necessario, che da esso risulti di aversi voluto disporre pel tempo dopo la morte, sia con la parola legato, sia con altra, che valga a fare conoscere manifestamente la mente del testatore. Che le condizioni essenziali dei testomenti debbono *solemnitatis causa* risultare dallo stesso atto, e non già da prove estrinseche, e tanto meno da presunzioni ed indizi, perciocchè *testamenta jure ipso per se firma esse oportere*.

TESTAMENTO PER ATTO PUBBLICO.

353. Non si può annullare un testamento per atto pubblico come falso senza un preliminare giudizio di falso incidente o principale. — Non si può dar vita ad un precedente testamento, sol perchè si sia annullata una nuova disposizione testamentaris per la incapacità dell'erede. (14 agosto 1816. — Varriale e Daniele.

La Corte di Cassazione osservò, che un atto autentico facendo piena fede di quello, che contiene, sino a che con formale giudizio di falso non gli sia tolta l'autenticità, si contraviene espressamente alle disposizioni degli articoli 1319 e 1320 codice civile (1273 e 1274 Leggi civili), se si annulla un testamento per atto pubblico senza un formale giudizio di falso principale o incidente.

Che l'incapacità dell' erede scritto nel secondo testamento non faceva cessare gli effetti della rivocazione del primo (articolo 1037 Codice civile; 992 leggi civili).

354. Non sono motivi di nullità del testamento, se il notaio dica —: « averne data « lettura alla presenza del testatore e te- « stimoni, che il testatore ha dettato il te- « stamento, che esso ha fatto » —; e che faccia la menzione delle formalità in fine del testamento (17 agosto 1824. — Carnesale e de Berardinis).

Il testomento fatto nel 1810 era chiuso con la formola seguente: « Del quale te- « stamento, come sopra dettato dal testa- « tore D. Biase Fedele, questo ha chiesto « me notaio, perchè ne formassi, come ne « ho formoto, il presente pubblico atto, « fatto, letto, e pubblicato da me sotto- « scritto notaio in Chieti nello casa e stan- « za indicata di sopra in presenza del te- « statore D. Biase Fedele, da me ben co- « nosciuto e dai testimoni. »

Il testamento era attaccato, perchè mancante della menzione della scrittura per mano del notaio; di quella della lettura al testatore; dell'altra di essersi adempiuto a tutte le formalità prescritte dalla legge.

La Corte Suprema distinse tra le formalità e la loro menzione. Disse che l'omessione delle prime menava alla nullità dell' atto, ma non così l'omessione della seconda, perchè non è lecito di aggravare il rigore della legge; ed è un assurdo estendere la pena dal caso espresso al non espresso. Che per quanto sia vero, che nei testamenti tutto debba costare dall'atto e nulla da pruove estrinseche, altrettanto è sicuro, che se l'atto presenta nel suo contesto l'adempimento delle formolità richieste, non si debbono mettere a tortura espressioni vaghe e poco esatte per ricavarne difetti, che non vi sono. Che ciò è espressamente dichiarato nell'art. 927 delle leggi civili. Che nella specie non si dubitava dell'*unico contextu*, e dall'insieme dell'atto si raccoglieva, essere stato il testamento dettato dal testatore, scritto dal notaio, e letto nei termini della legge. Che non avendo il legislatore indicato il luogo del testamento, in cui debba trovarsi la menzione delle formalità, basta, che si trovi nei cancelli dell'atto, onde il precetto della legge si ritenga adempito.

355. Le formole volute dalla legge nei testamenti per atto pubblico non è necessario, che si adempiano *verbis conceptis*, ma si può dar luogo ad equipollenti. Epperò non può impugnarsi il testamento, in cui si dica, essersene *fatta la lettura in presenza dei testimoni* senza la sog-

giunta *al testatore* (14 settembre 1824. — Rizzuti e Mauro).

Il testamento veniva impugnato, perchè si menzionava la lettura in presenza dei testimoni senza dirsi al testatore.

La Corte Suprema osservò, che per la garentia della volontà dei disponenti la pruova del fatto risiede nelle formole stabilite a pena di nullità; che nei testamenti per atto pubblico è prescritta la dettatura dal testatore per evitare la menoma alterazione; la redazione per mano del notaio per la lealtà dell'atto; in fine la lettura al testatore in presenza dei testimoni per accertare di essere stata la disposizione scritta secondo la volontà del disponente. Che tutto questo vi era nel testamento in disputa, e che per l'unico contesto dell'atto essendo stati il testatore ed i testimoni presenti a tutto, la lettura aveva dovuto necessariamente farsi al testatore in presenza dei testimoni.

356. È nullo il testamento per atto pubblico, quando il notaio stipulatore faccia in fine dell'atto espressa menzione, che il testatore ha dichiarato di non poter scrivere e che ha giurato, senza allegarne il motivo (30 giugno 1825. — Zinghelli, Caffaggi ed Albanese).

Il testamento si compiva in questi termini: « Quindi si è venuto alla sottoscri« zione, menochè di esso testatore Antonio « Albanese, che ha dichiarato di non po« ter scrivere, ed ha giurato: »

La Corte Suprema osservò, che in espressa contravvenzione della legge non s'incaricò il notaio di esprimere il motivo, che impedì al testatore di sottoscrivere. — Che l'avere dichiarato il testatore di non potere sottoscrivere poteva avere un doppio significato, cioè o di essere impotente il testatore a sottoscrivere, o di non poter sottoscrivere, perchè non era quella la sua volontà. Che l'aggiunzione *ed ha giurato* non valeva nulla, tra perchè il testatore poteva aver giurato di non essere quella la sua volontà, e perchè con l'art. 22 della legge sul notariato è vietato di deferire alle parti il giuramento promissorio o assertorio, e di aggiungere nel rogito la clausola *pro jurato*.

357. Quando in un giudizio penale venga diffinitivamente esclusa la falsità, con cui s'impugna un testamento per atto pubblico, rimane assodata in modo la veracità dello stesso da non permetter adito ad alcuna ulteriore ricerca presso il magistrato civile. — Un rigo più stretto scritto nel testamento con carattere più minuto non lo pregiudica, se non influisce sul senso della disposizione (8 aprile 1826. — Mollo e de Somma).

La Corte Suprema osservò, che quando un testamento vien dichiarato falso nel giudizio penale, cadono gli effetti civili del medesimo, e per lo contrario quando è dichiarato vero, niun'altra indagine rimane nel giudizio civile. — Che la legge ha indicate le forme, la cui omessione produce la nullità del testamento, e tra queste non vi è il caso, in cui si trovi qualche rigo più stretto o qualche lettera più piccola, quando ciò non influisce nel senso della disposizione.

358. Nei testamenti mistici la dicitura in terza persona non racchiude violazione di legge. — L'intestazione e l'indicazione del domicilio dei testimoni non sono inculcate a pena di nullità. — La pubblicazione del testamento è compresa nella menzione della lettura del medesimo in presenza dei testimoni e nella dichiarazione del testatore di essere lo stesso tale quale egli lo ha dettato (22 luglio 1826. — Schipani e Maringola).

La Corte Suprema osservò, che anche la locuzione in terza persona può conservare il vero senso, nel quale il testatore ha manifestata la sua volontà. Che le disposizioni dell'articolo 39 del decreto del 3 gennaio 1809 circa l'intestazione e l'enunciazione del domicilio dei testimoni non sono inculcate a pena di nullità, e che la pubblicazione del testamento è racchiusa nella menzione della lettura dello stesso e nella dichiarazione del testatore, come si è detto più sopra.

359. La mancanza della dichiarazione del notaio di conoscere il testatore può supplirsi con equipollenti. — Il notaio, che faccia menzione della dichiarazione del testatore di non potere sottoscrivere *per la gravezza del male*, ha adempito al precetto della legge, senzachè sia necessario di specificare il male (16 sett. 1826. — Cameo e Mariano).

La Corte Suprema osservò, che per lo art. 47 del regolamento notariale dei 3 di gennaio 1809, quando il notaio non conosce la parte, basta, che ne sia cerziorato da due testimoni; che nella specie tutti e quattro i testimoni conoscevano il testatore, e perciò era ben supplita la mancanza di conoscenza del notaio. Che la formalità del giuramento richiesta dal detto articolo, oltre all'essere abolita, si richiedeva per gli altri due testimoni idonei, estranei all'atto, e non già per quelli intervenuti nell'atto. Che l'articolo 41 dello stesso regolamento altro non esi-

Digitized by Google

geva, se non che in fine dell'atto si facesse menzione *della dichiarazione di non poter scrivere e dei motivi addotti*, e che questa formalità si trovava adempita dalla dichiarazione *di non potere sottoscrivere il presente suo testamento solenne per venirgli dalla gravezza del male impedito*.

360. Il testamento mistico o pubblico fa piena fede tra gli eredi, i quali non possono ripularsi terzi (18 luglio 1829. — Provincia dell'Aquila e de Ruheis).

361. Non è nullo, il testamento se il notaro non esprime di conoscere il testatore, quando si è detto di conoscerlo i testimoni — Se non dichiara di averlo letto e pubblicato *a chiara ed intelligibile voce*. —Se nel principio indica il luogo del domicilio del notaio: nella fine quello del testatore (5 novembre 1829. — Spolidoro e Quinto).

La Corte Suprema osservò, che la conoscenza del testatore fu bene assicurata da quattro testimoni, mentre ne bastavano due. Che le parole *a chiara ed intelligibile voce* non erano richieste dalla legge, e bastava la menzione della lettura al testatore in presenza dei testimoni. E se l'art. 20 del regolamento notariale spiega di farsi la pubblicazione degli stromenti con la lettura chiara ed intelligibile, non ordina di farsi menzione con le precise parole di essersi fatta tale lettura *chiara ed intelligibile*. Che l'indicazione del domicilio del notaio e del testatore era chiaramente espressa.

362. Non è nullo un testamento, se lo dettatura se ne sia fatta su di una bozza, precedentemente formata. Deve farsi espressa menzione della lettura al testatore in presenza dei testimoni sotto pena di nullità, ma per l'adempimento di questa formalità si ammettono gli equipollenti (24 novembre 1829. — Fortini e Gaddi).

La Corte Suprema osservò, che in un uo affare tanto serio, quanto è un testamento, non sia da censurarsi ma da lodarsi il sistema di anticiparne il progetto, — Che per quanto sia certo doversi fare menzione della lettura al testatore in presenza dei testimoni, altrettanto è vero, che non essendosi dal legislatore proposto formola *conceptis verbis*, bastino espressioni, dalle quali si raccolga essersi tale formalità adempito.

363. Un testamento pubblico è nullo, quando manca della firma del testatore, nè offre la menzione di averne egli dichiarata la causa, benchè il notaio ed i testimoni attestino di essere il testatore analfabeto. — Se nel testamento vi è una postilla interessantissima neppure sottoscritta dal testatore, mancante altresì della sua dichiarazione, la postilla è nulla, quantunque sia firmata dal notaio e dai testimoni.

In qualunque luogo del testamento pubblico è la menzione della seguito lettura del testamento, non può questo ripularsi non letto e perciò nullo. Essendo nulla la postilla, il mezzo di annullamento per la non lettura di essa è assorbito.

Se la indicazione del luogo, ove è rogato un testamento, si trova espressa dopo le firme dei testimoni, il testamento non è nullo (15 novembre 1831. — Santone, Romano, ed altri).

Il notaio aveva dichiarato, che il testatore non sapeva scrivere, ed aveva crocesegnato per lui. La stessa dichiarazione era stata fatta dai testimoni. Era nel testamento una postilla contenente la menzione espressa di essersi data lettura al testatore della sua disposizione e di averla firmata dopo la lettura, ma mancava della firma del testatore e della sua dichiarazione sulla causa di tale mancanza.

La Corte Suprema osservò, che la dichiarazione autentica del testatore del non sapere o potere firmare, e del motivo, che glielo impediva, era richiesta a pena di nullità per assicurare coi propri detti del medesimo la causa, per la quale non firmava un atto così solenne come un testamento. Che nella specie vi era la dichiarazione del notaio e dei testimoni, ma non quella del testatore. Che ciò valeva pure per la postilla, la quale essendo nulla, non potea produrre verun effetto legale, e perciò rimanava assorbito il mezzo di nullità ricavato dalla mancanza di lettura della stessa Che la mancanza della lettura della disposizione trovavasi nel vocabolo *letto*, che precede la postilla sopradetta. Che la data del testamento era espressa, nè vi era equivoco sul luogo, ove era stato solennizzato.

364. Non è nullo il testamento per essersi adoperati come testimoni i nipoti del sacerdote indicato per la celebrazione delle messe (11 gennaro 1827. — Viscuso e Viscuso).

Il testamento conteneva l'obbligo per l'erede di fare celebrare ducati 100 di messe con l'elemosina di grana 30 ognuna da un sacerdote indicato. Tra i testimoni vi erano due nipoti *ex frate* del succennato sacerdote.

La Corte Suprema osservò non essere alla specie applicabile la regola, che esclude i testimoni parenti del legatario. Che i duc. 100 non erano un legato, ma un peso imposto all'erede. Citò il Cardinale de Luca nel discorso 25, n.° 3, *de*

Digitized by Google

legati per distinguersi il legato pio di messe dall' obbligo imposto all erede. Che il legato è una donazione, mentre nella specie trattavasi di una elemosina di messe, e se la misura eccedeva la tassa diocesana, non per questo potea dirsi una donazione. Che infine l' elemosina per la messa è un'oblazione volontaria, alla quale non si può metter limite.

365. Non può dirsi mancare in un testamento la dichiarazione del notaio di conoscere il testatore quando ciò risulti da atti equipollenti (22 settembre 1845 — Giordano, Cepparulo ed altri).

La Corte Suprema osservò, che la conoscenza del testatore da parte del notaio risultava dal testamento e dagli atti giuridici dei contendenti, i quali aveva no riconosciuta l' identità del detto testatore.

366. Il testamento per atto pubblico non è nullo, sol perchè nell' atto il notaio non ha dichiarato la conoscenza, che i testimoni avevano del testatore, ed altre circostanze, delle quali il legislatore non ha prescritto di doversi fare espressa menzione (7 novembre 1846. — Catalano e Catalano).

La Corte Suprema osservò, che i testimoni debbono bensì conoscere il testatore, ma non si è obbligato a pena di nullità di fare espressa menzione di tale conoscenza. Come pure non si è obbligato di far espressa menzione di essersi cerziorate le parti sul contenuto delle leggi, alle quali dovevano conformarsi, nè dell'avere i testimoni tutte le qualità richieste dalla legge.

367. Non vi è vizio in un testamento, in cui è indicata l' ora in principio di esso, e ripetuta questa medesima ora alla fine (1 agosto 1848. — Magliano e Petrosino).

La Corte Suprema osservò, che non potendosi supporre, che il testamento sia principiato e finito nell' ora stessa, deve dirsi, che il notaio dopo la chiusura dell' atto abbia specificata l' ora in uno spazio vuoto, che aveva a bello posta lasciato nel cominciamento di esso, riportandosi poi in fine del medesimo all'ora, che aveva indicata di sopra. Il che non gli era vietato per non avere la legge stabilito verun formolario.

368. Se il testamento pobblico non dev' essere dettato parola per parola dal testatore, dev' essere almeno manifestato da lui direttamente, e non già con bozza, che si presenti al notaio, nè con risposte affermative o negotive sulle di lui interrogazioni (13 settembre 1849. Lofaro e Corigliano).

La Corte Suprema osservò, che sebbene la giurisprudenza abbia ritenuto, non essere necessaria la dettatura da parola a parola nel testamento per atto pubblico, non può però mettersi in dubbio esservi assolutamente necessario la manifestazione della volontà del testatore con parole espresse. Che a ciò non può supplirsi nè con una bozza consegnata al notaio, nè con risposte affermative o negative sulle sue interrogazioni, nel qual caso il testamento per atto pubblico seguirebbe non più con le parole del testatore, ma con semplici di lui risposte, il che viene riprovato non solo dalla legge, ma anche dal senso comune, essendo facile di travolgere a tal modo la volontà del disponente.

369. Non è necessario nel testamento per atto pubblico di fare menzione di essere stato dettato dal testatore e scritto dal notaro in presenza dei testimoni, ma basta, che dopo scritto se ne dia lettura al testatore in presenza dei testimoni, e di tutto si faccia menzione (26 marzo 1816. — Cipolla e Falcinelli).

Testimoni.

370. Non è vietato di fare da testimoni agli amanuensi, della cui opera occidentalmente si serve il notaio stipulatore, ma sibbene ai giovani, che obitualmente frequentano il suo studio per apprendervi la professione. (26 marzo 1816. — Cipolla e Falcinelli).

371. Nel testamento per atto pubblico se i testimoni hanno sottoscritto primo del rogito apposto in fine dell' atto, non se ne può indurre la nullità del testamento (2 ottobre 1817. — di Paolo e Mancinelli).

La Corte Suprema osservò, che niuna legge prescrive, che le sottoscrizione dei testimoni nei testamenti debbono precedere o seguire il rogito; anzi la legge 24 C. *de testamentis* e pressamente dispone, che le posposizioni o altri difetti d'imperizia dei tabellioni non abbiano a viziare la volontà dei testatori.

372. La legge non esige, che i testimoni firmino il testamento in presenza del disponente (3 agosto 1830. — Farati e Licchetta).

La Corte Suprema osservò, che la legge non esige, che i testimoni firmino il testamento alla presenza del testatore.

373. La disposizione, che i testimoni dell'atto debbano essere domiciliati nel distretto, in cui si roga, non è applicabile, ai testamenti (1 agosto 1848. — Magliano e Petrosino).

La Corte Supremo osservò, esservi delle considerazioni richieste dallo stato di urgenza, in cui un testatore può rattrovarsi,

ed essere nello spirito della legge di non ammettere aei testimoni testamentari altre incapacità oltre quelle stabilite oegli articoli 901 e 906, che debboao riguardarsi come disposizioni speciali e di eccezione.

TRADIZIONE.

374. La coasuetudiaa *Instrumenta donationum*, che richiedeva la tradizioae per la validità delle doaaziaai, aveva sempliecemeale luogo aelle donaaiooi semplici e noa già aelle causali; nè quaodo si coasegnavaao al doaatario i titoli della cosa donata, o quaodo se ne riteneva l' usufrutto dal donaale, o esisteva oel coatratto la clausola del *costituto* e *precario* (9 dicembre 1814.— Maise, Causio e Cafiero).

TRASCRIZIONE.

375. Noa può impugoarsi una doaazione per causa di matrimonio per mancaoza di trascrizione, quaado la doaazioae è fatta anteriormente alla legge, che prescrive la trascrizione (20 oovembre 1824. — Morlino e Sabioi).

376. È inefficace una donazioae aolica aoo registrata in archivio secoado la prammatica, nè trascritta secoodo la auova legislazione, essendo inoltre rimasti i beni donati intestati alla doaaate, che coatrae intorao ad essi (10 decembre 1831. — Catino e Sanchez).

La Corte Suprema osservò, che ooo essendosi adempito nè alla formalità prescritta dalla prammatica del 1786, nè a quella ordinata dall' art. 939 dell' abolito Codice civile, ed esseodo rimasti i beai iulestati alla doaatrice, per cui 16 anni dopo della donazione ella ae fece obietto di speciale coatrattazione, la dooazioue era rimasta inefficace.

377. Di due donazioni irrevocabili, aucces- sivameate fatte, è valida la prima, quaatuaque sia stata traacritta dopo della seconda (5 decembre 1831. — Bellucci e Bellucci).

La Corte Suprema osservò, cha fatta legalmente ed accettata la donazione, il domiaio si trasmette immediatamente acl doaatario senza bisogao di tradizione Che la trascrizione richiesta unicameate pei beni capaci d' ipoteche, è ona formalità del regime ipotecario, e noo è sostituita all' *insinuazione* del dritto romaoo, che era subordinata all' ammontare della somma della donazione. Che perciò la doaazioue non avendo altro carattere, che di rendere pubblica la dooaziooe, non può giungere siao a rendere valido ao atto, aullo nella sua origine per maacanza di domiaio ael dooante ed alienato per la seconda volta. Che la trascrizione ooa è preaerilla a peaa di aullità, nè è della sostanza della dooazioae, ma la maacanza di essa può essere opposta solamente dalle parti ialaressale, tra le quali aon possoao comprendersi quelle, che noa fanao uo lucro, ma sibbene qaelle, che voglioao evitare un danao. Il legislatore non ha potuto volere per questa via di apprestare al donante na mezzo di rivocare la donazione, cha per se stessa è irrevocabile.

378. Una doaazione fatta oel 1808 oon può dirsi nulla per maocanza di trascrizione 27 aov. 1828. — Passamooti e Novelli).

La douazioae era stata fatta a coolemplazioae di matrimoaio dal figlio del dooaale, ed i beni dooati erano stati compresi ia oa pegaoramcolo a daoao del donante.

La corte Suprema osservò, che la legge, che ordina la trascrizione, era del 1809, mealre la doaazione era stata fatta nel 1808; che trattaadosi di un dritto acquistato, non poteva la legge retroagire.

379. Il creditore ipotecario può opporre la maacaaza di trascrizione della donazioae del foado ipotecato, quantunque s a aveote causa del doaante uel senso, ohe questi dopo di avere doaato il foado, lo ha poi venduto a colui, cho lo ha ipotecato al creditore eccipieate (22 luglio 1845.— Ammiaistrazione di Caserta, Peooiao ed altri).

Il foodo era stato doaato nel 1811, senza trascrizioae, poi vraduto acl 1825, ed il compratore lo ipotecò acl 1826. La veadita fu dichiarata aimulata sulla istaaza di un creditore dell'alienaate; il donatario eccepì la doaazioae, contra della quale il creditore ipotecario del compratore dedosse la maneaaza di trascrizioae.

La Corte Suprema osservò, che tra il doaante ed il donatario la danazioac è perfetta senza bisogno di trascriziaae, ma noa così relativameate ai terzi, quando si tratta di foodi capaci d' ipoteche. Che il doaatario aoa aveodo trascritta la doaazioae era atato causa del daano ricevuto dal creditore ipotecario del compratore, poichè egli se avesse trovata trascritta la donazione, non avrebba accettato quel foado io ipoteca; ch' egli aveva ialeresse ancora a fare ritornare il foodo al donaole ed alienante, perchè anche questi come autore della veadita simulata, aveva iodotto in errore il creditore. Che questi era beasì aveale causa del compratore, e cnstai del donante, ma solo all'erede, noa già all'aveate causa del doaaote, era viatato di opporre la maoeanza di trascrizione.

380. Una donazione di una parte di doti, dovute dal marito alla moglie, non è sottomessa alla formalità della trascrizione (4 settembre 1845. — Caracciolo di S. Vito, Scippa ed altri).

La donazione era stata fatta dalla madre a favore del figlio. — La C. Suprema osservò aver avuta essa per obietto una cosa mobile, cioè il credito dotale del donante contra del marito, e quindi non essere il caso della trascrizione.

381. La mancanza della trascrizione di una donazione può essere opposta dai creditori del donante posteriori ad essa. Nè nuoce loro la scienza della donazione, che non derivi dalla trascrizione (15 aprile 1848. — Pisani e Pisonella)

La Corte Suprema osservò, che la disposizione della legge è generale, e che nella generalità della sua disposizione sono compresi anche i creditori posteriori alla donazione, i quali facilmente sarebbero frodati dal donante, che ipotecasse i fondi donati dopo della donazione. Che mal reggono gli argomenti, che si traggono dagli articoli 2078 e 2083 delle leggi civili, perchè gli argomenti non valgono contra l' espressa disposizione della legge. — Che per analogia della disposizione contenuta nell'art. 1027 delle leggi civili la scienza della donazione deve derivare unicamente dalla trescrizione, nè vi si può supplire con diversi modi senza cadere nell' incertezza e nell' arbitrio.

382. La donazione è perfetta nell' interesse dei terzi mediante la trascrizione. I creditori iscritti sul fondo donato, primachè sia seguita la trascrizione della donazione non debbono agire con l'azione ipotecaria contra il donatario, ma possono procedere all' espropriazione (12 agosto 1851. — Raja, Sementini ed altri).

La Corte Suprema osservò, che la perfezione della donazione indipendentemente dalla trascrizione riguarda i contraenti, e non i terzi. Che mentre la legge offre al donatario il mezzo di completare la donazione mercè la trascrizione, vieta al donante di trarre altri in inganno, e fare un profitto illecito col danno degli altri. Epperò il donatario non acquista la proprietà relativamente ai terzi, se non mercè la trascrizione.

USUFRUTTO.

383. Donata la proprietà dei beni con l' obbligo di restuirli ad altri dopo la morte del donatario, le susseguenti espressioni di usufrutto e di usufruttuario costituiscono nel donatario un dominio risolubile, ed un usufrutto *causale* e non *formale* (12 febbraro 1813. — Montesoro e Carli).

La Corte Suprema osservò, che se il donante dopo di avere donato per atto irrevocabile tra vivi restringe con una clausola successiva la sua liberalità al solo usufrutto per doversi la proprietà trasmettere ai figli del donatario, questa disposizione deve essere interpretata come donazione fatta della proprietà al primo donatario col peso di trasmettere dopo la sua morte i beni ai figli suoi.

384. La riserba di usufrutto in una donazione non è di ostacolo all' attuale trasmessione dei beni nel donatario (3 maggio 1817. — Del Vecchio e del Vecchio).

La Corte Suprema osservò, che la riserba di usufrutto dei beni donati, inserita in una donazione, lungi d' impedire la trasmessione attuale dei beni donati, è anzi ai termini della legge 28 C. *de donationibus* il segno caratteristico della cessione fattane dal donante.

385 L'usufrutto della intiera eredità va imputato nella legittima, se il padre testatore accordi l' azione alternativa al figlio (26 settembre 1826. — Simeoli e Moscarelli).

La Corte Suprema osservò, che trattandosi di legittima, questa per la legge 6, C. *ad S. C. Trebell.* competeva *in re* e non *in fructibus*. Che avveniva però diversamente, quando il testatore accordava l' ozione con alternativa al legittimario, poichè in tal caso giusta la giurisprudenza del tempo la quistione era d' imputazione e non di privazione.

386. La donazione con riserva di usufrutto è donazione tra vivi e non a causa di morte. E fatta per causa di matrimonio al figlio e suoi discendenti maschi, non è vietata per legge antica e nuova (24 marzo 1827. — De Asmundis e De Asmundis).

La Corte Suprema osservò, che la donazione fatta nel 1773 era una vera donazione irrevocabile tra vivi, perchè tali ne erano le parole, e tanto importa la riserva dell' usufrutto. Che per essere fatta al donatario e suoi discendenti maschi per causa di matrimonio, non era nulla, essendo tali donazioni permesse dalle antiche leggi.

387. È usufrutto causale e non formale quello, che si lascia ad uno dopo la morte di un altro, che ne gode; epperò se costui muore dopo l' abolizione dei fedecommessi, non è obbligato a restituire (28 febbraro 1846. Alcaro, Prunesti, ed altri).

Il testamento diceva: « E dopo seguita « la morte di dette eredi usufruttuarie succ« ceda e sia erede il monte ».

Digitized by Google

La Corte Suprema osservò, che la chiamata del monte dopo la morte delle usufruttuarie importava di non essersi dato contemporaneamente l' usufrutto alle une e la proprietà all' altro. Che l' usufrutto dato alle prime non è usufrutto *formale*, ma *causale*, perchè la chiamata del monte aveva luogo dopo la morte delle prime. Che la disposizione in esame era precisamente quella decisa dalla celebre legge *Species auri et argenti*, D. *de auro et arg. leg.*; che il gravato di restituzione essendo morto dopo l' abolizione dei fedecommessi, l' obbligo di restituire era cessato.

388. L' usufruttuario è tenuto alla passività ereditaria (27 luglio 1850. — Gatta e Chiesa Collegiale di Bagnoli).

La Corte Suprema si riferì all' art. 966 delle leggi civili.

Uso V. *Abitazione*.

SUPPLEMENTO

Accettazione di donazione tra vivi.

389. La donazione non accettata è inefficace, nè ne sana il vizio l'asserta ignoranza di essa (28 febbraio 1852. — Ardia ed Ardia).

La Corte Suprema citò la letterale disposizione dell'art. 856 delle leggi civili.

390. L' accettazione di fatto non equivale per la validità della donazione all' accettazione espressa, voluta dalla legge (27 marzo 1852. — De Martinis, Camerini ed altri).

La Corte Suprema osservò, che ai termini dell' articolo 856 delle leggi civili l' accettazione della donazione dev'essere espressa.

391. È censurabile la decisione, che non motiva sulla lunga esecuzione della donazione da supplire l' accettazione (21 settembre 1852. — Pasquale ed Ubcille).

La Corte Suprema osservò, che l'accettazione è diretta a dimostrare la volontà di profittare del benefizio, la quale volontà viene certamente dimostrata dal lungo e diuturno possesso dell' obietto donato.

392. La donazione fatta nei capitoli matrimoniali a contemplazione del matrimonio da farsi ad una figlia già nata ed a' figli nascituri, non è nulla per mancanza di accettazione relativamente alla figlia nata (4 novembre 1852. — Tirone e Nuoano.

La Corte Suprema osservò, che bene i giudici del merito avevano compresa la donazione in disputa tra quelle, di cui si occupano gli articoli 1037 e seguenti delle leggi civili, e vi aveva applicato l' articolo 1042 delle medesime leggi; che la proprietà del dono era stata data congiuntamente alla figlia nata ed ai figli nascituri.

Accrescimento (dritto di)

393. Nei legati di somma determinata, ancorchè la disposizione sia complessiva, non ha luogo il dritto di accrescere (28 febbraio 1852. — Ardia ed Ardia)

La Corte Suprema osservò, che il fondamento del dritto di accrescere secondo l'art. 999 delle leggi civili sta nella chiamata solidale dei legatarî alla medesima cosa senza designazione di parti. — Che nei legati di somma e di quantità, ancorchè la disposizione sia complessiva, le parti sono distinte, poichè i crediti si reputano divisi di pieno dritto tra coloro, cui sono dovuti.

394. Quando più eredi sono istituiti con dritto di accrescere nell' usufrutto, ed un di essi anche nella proprietà, morto uno degli usufruttuari, ed accresciuta la sua quota agli altri, se poi muore l' erede proprietario, l'usufrutto accresciuto nella sua persona per la premorienza del collegatario si trasmette al legatario superstite (12 luglio 1853. Camere riunite. — Petrosino e Petrosino).

È la stessa specie del n.° 18 — La C. Suprema osservò, essersi aperta la successione sotto l' impero del dritto romano. Che il fondamento del dritto di accrescere era la presunta volontà del testatore, che avendo legato il solido a tutti, aveva preferito ciascuno di essi agli eredi dell' altro. Che pei legati di proprietà il dritto di accrescere aveva luogo, quando il legatario non aveva accettato il legato, perocchè dopo dell'accettazione diveniva sua proprietà particolare, e la trasmetteva ai suoi eredi. Invece nei legati di usufrutto il dritto di accrescere aveva luogo anche dopo dell'accettazione, perchè l' usufrutto apparteneva all' usufruttuario come godimento, e cessava con la sua vita; inoltre nel primo caso la porzione si accresceva alla porzione, e nel secondo alla persona. E però la quota di usufrutto pervenuta all' erede proprietario per la morte del collegatario nell' usufrutto, gli spettava per effetto del dritto di accrescere, il quale doveva progredire nel collegatario superstite.

Digitized by Google

CAPPELLANIE LAICALI.

395. La donazione fatta ad un successibile e la posteriore divisione sono atti di distrazione rispettati dal decreto del 1831, che ripristinò le cappellanie laicali (25 settembre 1852. — de Napoli e Fasano. — Camere riunite.

La Corte Suprema osservò, essere la donazione una distrazione e la divisione avere riconosciuto ed attuato gli effetti della distrazione, già irrevocabilmente consumata.

CELIBATO.

396. Sotto l'impero delle leggi attuali non deve aversi come non apposte in una donazione la condizione del celibato (28 febbraro 1852. — Ardia ed Ardia).

La Corte Suprema osservò, che la condizione del celibato non offende alcuna legge, nè è contraria ai buoni costumi. Che inopportunamente s'invocavano taluni responsi degli antichi giureconsulti romani tra perchè le leggi del dritto romano sono state abolite, e perchè assai prima erano cessate le idee, sotto la cui influenza quei responsi erano stati dettati.

COLLAZIONE.

397. La dispensa dalla collazione non è necessario, che sia letterale, ma può risultare da equipollenti; però questi debbono offrire la stessa certezza della dichiarazione espressa, senza potersi desumere da congetture e da elementi equivoci (28 febbraio 1852. — Ardia ed Ardia).

La Corte Suprema osservò, che l'art. 762 delle leggi civili non aveva inteso di dettare le precise ed identiche parole della dispensa dalla collazione. Che la filosofia del codice imperante, ed il principio, che le leggi vanno imposte alle cose e non alle parole, escludono le parole sacramentali. Che perciò la dispensa dalla collazione può risultare pure da equipollenti, ma questi debbono offrire la stessa certezza della dichiarazione espressa, perchè se la dispensa della collazione può esprimersi in qualunque modo, è però sempre necessario, che emerga dall'atto chiaramente. La collazione essendo la regola generale, l'eccezione dev'essere espressa senza ragione di dubbio.

398. Altra decisione nello stesso senso (23 agosto 1853. — De Lillo e Sabatelli).

399. Altra decisione simile (2 maggio 1854. Trombetta e Cafiero).

DEBITI.

400. Il donatario della disponibile è obbligato in proporzione al pagamento dei debiti ereditari (29 aprile 1852. — Zinzi e Zinzi).

La Corte Suprema osservò, che per il principio legale: *bona non intelliguntur, nisi deducto aere alieno*, il donatario del dispon bile è tenuto ai debiti ereditari.

401. Il donatario dei beni presenti, che paga i debiti del donante, subentra nei dritti dei creditori ipotecari soddisfatti.

La C. S. ha osservato, esistere grande analogia tra i legatari particolari ed il donatario dei beni presenti; nè l'uno, nè l'altro sono tenuti ai debiti del defunto; e siccome il primo pagando il debito ipotecario afficiente l'immobile legato, acquista il subingresso legale nei diritti del creditore, così il donatario pagando il debito afficiente l'immobile donato, acquista il subingresso legale nelle ragioni del creditore soddisfatto.

DEMENZA.

402. Una donazione tra vivi può essere impugnata per causa di demenza sia permanente, sia accidentale, quantunque l'interdizione del donante non sia stata pronunziata nè dimandata durante la sua vita. Possono i giudici, se i fatti articolati non siano sufficienti, ordinare, che l'attore articoli altri fatti di demenza precisi e determinati, preesistenti all'epoca della donazione, i quali possono provarsi anche per testimoni senza bisogno di alcun principio di pruova scritta (10 giugno 1854. — Cimaglia e Candida).

La Corte Suprema osservò, che la disposizione dell'art 817 delle leggi civili è generale ed assoluta. Che la presunzione di sana mente stabilita dall'art. 427 delle leggi civili riguarda le sole obbligazioni convenzionali, e non le disposizioni a titolo gratuito, per le quali a vista della loro segnalata importanza e della facilità di potersi carpire una largizione a chi abbia smarrita la ragione, la legge permette di dimostrarsi, non esser egli nel momento dell'atto sano di mente. — Che il silenzio degl'interessati è d'attribuirsi ai sentimenti di affetto, ai riguardi di famiglia, e sovente alla idea, che non fosse per divenire un giorno vittima dell'altrui cupidigia. Che in tale concetto concorre l'elemento storico della legge, e che questa non fa veruna distinzione tra la demenza permanente e l'accidentale. — Che il Magistrato, se trova insufficienti i fatti allegati, può ben ordinare, che se ne dinotino degli altri.

DIVISIONE TRA FIGLI.

403. È nulla la divisione fatta dal padre tra

i figli, quando oe ha omesso uno, supponendolo erroneamente incapace; e quando riconoscendo il dritto di una figlia alla legittima, non le assegni veruna parte di beni (28 febbraio 1852. — Ardia ed Ardia).

La Corte Suprema osservò, che per aver luogo la divisione non basta, che il diritto di ciascun condomino sia riconosciuto in astratto, ma è d'uopo che siegua l'assegnamento della corrispondente parte dei beni Che non può dirsi esistervi divisione tra i coeredi, quando è stato sconosciuto il dritto di uno di loro. Donde la nullità proclamata dall'articolo 1034 delle leggi civ.; e la divisione è nulla per chi è stato omesso, perchè non ha ricevuto la sua quota, e per gli altri, perchè se ne deve fare una nuova, onde dare la quota all'omesso.

Donazione a contemplazione o per contratto di matrimonio.

404. In una donazione di beni presenti fatta per contratto di matrimonio da uno o da entrambi i genitori allo sposo ed ai figli nascituri, ed accettata dallo sposo donatario per sè e pei figli nascituri, deve ritenersi, essere stati i figli chiamati direttamente per proprio dritto come figli e non com' eredi. Sicchè i beni donati sono vincolati nelle mani dello sposo donatario, e debbono pervenire integri ed indiminuti ai figli nascituri.

Il favore è limitato ai figli nascituri dal matrimonio designato.

Vale lo stesso, se la donazione è fatta in conto della legittima dello sposo donatario ed il dippiù sulla disponibile, e quando egli abbia in seguito rinunziato all'eredità del donante per ritenere il dono nel modo come l'aveva accettato (2 aprile 1853. — Napoli e Greco).

La Corte Suprema osservò, che le donazioni per contratto di matrimonio possono aver luogo a favore dei figli da nascere *nei medesimi casi espressi nel precedente capitolo 6 di quel titolo.* — Che le donazioni contemplate in detto capitolo 6 sono valide, quando l'obbligo di restituzione torni a vantaggio di tutti i figli nati e da nascere dal gravato, senza distinzione di età o di sesso, e non oltre il primo grado. Ma che però in questi casi i figli succedono per proprio dritto. — Che queste medesime condizioni debbono dunque supporsi nelle donazioni per contratto di matrimonio contemplate nel libro 3, titolo 2, capo 8 delle leggi civili, e perciò la sposo donatario non può disporre dei beni donati. Che però quelle donazioni, poichè fatte a contemplazione di quel matrimonio, concernono esclusivamente i figli, che ne provengono. — Che il divieto d' imporre alcun peso sulla legittima riguarda l' interesse personale del donatario, il quale può ben contentarsi di una disposizione con pesi, e se egli non se ne duole, niun altro è ammesso a dolersene.

405. La donazione fatta a contemplazione di matrimonio allo sposo e figli nascituri, possono riferirsi direttamente a costoro senza vizio di sostituzione vietata (23 aprile 1853. — di Jorio e di Jorio).

La Corte Suprema osservò, che non possono ritenersi come sostituzioni vietate queste donazioni, che la legislazione nuova permette.

406. La donazione di una somma annua, fatt'allo sposo nel contratto di matrimonio, è compresa tra le convenzioni matrimoniali, e non può essere annullata da controscrittura del solo sposo donatario: la prestazione deve durare, sinchè dura il matrimonio (14 giugno 1853. — Bruno e Mascia).

La Corte Suprema osservò, che la disione dell'art. 1348 delle Leggi civili, è generale, ed abbraccia tutte le donazioni fatte agli sposi, le quali tutte vestono il carattere di convenzioni matrimoniali, ed entrano nel calcolo del contratto di matrimonio. Che perciò tali donazioni non possono rimanere neutralizzate da uon dichiarazione emessa soltanto dallo sposo. Che le convenzioni matrimoniali sono inalterabili dopo la celebrazione del matrimonio.

407. Nella donazione fatta sotto le leggi attuali allo sposo e figli nascituri, questi s'intendono chiamati direttamente al dono (20 settembre 1853.—Spiotti, Panni, ed altri).

Lo stesso ragionamento del num. 404.

408. Le donazioni tra vivi di beni presenti fatte per contratto di matrimonio possono dirigersi agli sposi e figli nascituri, quando il donante sia il padre, la madre, il fratello, o la sorella del donatario (17 settembre 1853. — De Giovanni e Longano).

La Corte Suprema osservò, che se la legge permetta di donare i beni presenti anche a' figli nascituri per contratto di matrimonio, limita però tale facoltà a' casi espressi nel capitolo 6° di quel medesimo titolo, e quindi lo permette soltanto al padre, alla madre, al fratello, ed alla sorella dello sposo donatario.

Donazioni manuali

409. I doni manuali, che si fanno in occasione di trattato di matrimonio prima della promessa civile e degli sponsali, sono soggetti a restituzione nel caso di matrimonio non seguito.

La Corte Suprema osservò, che tali doni hanno luogo soltanto per occasione del matrimonio, che deve contrarsi, e che perciò sono compresi nella rubrica di quelle cose, che si danno *causa data*, e si ripetano *causa non secuta*.

Donazioni tra vivi

410. La donazione fatta sotto l'impero del dritto antico dal fratello in favore del fratello e de' figli nascituri da matrimonio dal medesimo contraendo, importa la chiamata de' figli per dritto proprio anzichè com'eredi del padre, specialmente quando i donanti abbiano imposto al futuro sposo il divieto di alienare i beni (31 marzo 1853. — Zaccone e Ferrari).

La donazione era stata fatta nel 1773 al fratello del donante ed a' figli nascituri da matrimonio dal medesimo contraendo, nello scopo di fare pervenire i beni a' detti figli nascituri, sì che il donante vietò al donatario l'alienazione de' beni.

La C.S. osservò, che per dritto antico, anzichè richiedersi determinate formole per le sostituzioni, era ricevuto poter esse derivare anche da congetture. Che nella specie l'atto del 1773 l'offriva manifestamente, dapoichè non potendo la proprietà passare a chi non sia nato nè conceputo, nè rimanere in sospeso, doveva necessariamente avvenire, che la chiamata de' figli nascituri fosse fatto *ordine successivo*, e che il donatario rimanesse avviato dall'obbligo di conservare e restituire; il che risultava pure dal divieto di alienare imposto nel favore de' detti figli nascituri.

411. Non è valida la donazione del disponibile fatta per contratto di matrimonio nell'usufrutto allo sposo e nella proprietà a' figli maschi nascituri (28 aprile 1853. — Di Somma di Sapio, ed altri).

La Corte Suprema osservò, che la donazione essendo stata fatta a favore dei soli figli maschi nascituri, era nulla, perchè la legge la permette, ma senza distinzione di sesso, attesa la necessaria relazione, che vi è tra' capi 6° ed 8° del medesimo titolo.

412. La donazione tra vivi fatta dallo sposo alla sposa e viceversa dopo la solenne promessa, ma prima del matrimonio ecclesiastico, non può dirsi rivocabile ai termini dell'artic. 1050 delle leggi civili (17 dicembre 1853. — De Giovanni e Longano).

La Corte Suprema osservò, che a differenza dell'abolito Codice civile il matrimonio per le attuali leggi civili non produce gli effetti civili, primachè non sia celebrato innanzi la Chiesa. Che quindi prima di allora gli sposi non possono dirsi coniugi, e perciò non erano applicabili alla donazione in disputa le disposizioni relative alle donazioni tra coniugi durante il matrimonio.

413. Le adultere e le concubine non sono tra le persone incapaci di ricevere donazioni tra vivi (22 aprile 1854. — Sala, Andrani, ed altri).

La Corte Suprema osservò, che le leggi, che restringono i dritti de' cittadini, sono di stretta interpretazione, nè possono estendersi da un caso all'altro. Che tra le persone incapaci di ricevere donazioni tra vivi l'art. 825 non annovera nè le adultere nè le concubine, e che perciò bene i giudici del merito non avevano voluto supplire tale incapacità.

Falso.

414. Dichiarato vero un testamento in giudizio penale, quantunque con deliberazione emessa in camera di consiglio, non si può più disputarne la verità in giudizio civile (7 agosto 1852. — Penna, Velotti, ed A. G. P.).

La Corte S. osservò, che la mancanza della parte civile nel giudizio penale non autorizzava il giudizio di falso incidente civile, perchè ne' giudizi penali l'azione essendo essenzialmente pubblica, ed appartenendo al P. M., egli rappresenta tutta la società, e quindi tutti coloro, che la compongono. Che per la definizione de' giudizi penali non è sempre occessario di giungere alla pubblica discussione, giacchè quando ne' primi stadi del giudizio apparisce l'insussistenza del reato, sarebbe immorale di perseguitare l'imputato, la cui innocenza è provata.

Fedecommesso.

415. Il fedecommettente può ben commettere all'arbitrio della moglie lo scegliere tra' suoi figli quello, che crede più degno di goderne (8 aprile 1854. — Barrese ed Abbamonte).

La Corte Suprema osservò, che la legge 7, §. 1, D., *De rebus dubiis* non lascia dubitare della validità della disposizione. Che rimessa legalmente la scelta all'arbitrio di un terzo, il vedere poi se essa sia caduta realmente nel più degno,

Digitized by Google

come prescriveva il testatore, è quistione di fatto, abbandonata a'giudici del merito.

Figli nascituri — V. *Donazioni tra vivi.*

Instituzione contrattuale.

416. Chi non è intervenuto nell'atto non può godere dell'usufrutto de' beni compresi in una istituzione contrattuale, ancorchè sia messo in condizione (24 gennaro 1852. — Martini o Milizia).

La Corte Suprema osservò, che l'usufrutto ha anch'esso bisogno de' modi, co'quali si trasmette, o almeno di una stipulazione, mercè la quale questo dritto si deferisce, e nella specie non ve n'era alcuna in favore di chi lo dimandava.

Inventario.

417. Un coerede, cui è dovuto la legittima, è ammesso, anche senza inventario, a dimandare contra l'altro coerede la riduzione della donazione, ch'eccede la disponibile paterna. *In altri termini.* La disposizione dell'art. 722 delle Leggi civili riguarda il solo interesso de' creditori ereditari, non già quello dei coeredi, donatari al di là del disponibile (8 luglio 1852. — Ferrajolo o Ferrajolo).

La C. Suprema osservò, che il dritto di dimandare la riduzione deriva dal dritto alla riserva, nè per esercitarlo la legge vuole, che il riservatario sia erede beneficiato. — Che l'art. 722 delle Leggi civili è scritto sotto di un titolo e di una sezione diversi da quelli della riduzione, epperò riguarda i creditori dell'eredità, le cui relazioni con l'erede determina; nè l'inventario è assolutamente necessario per comprovare la massa ereditaria, che può liquidarsi con altri modi diversi.

Un altro arresto nello stesso senso era stato emesso dalla Corte Suprema a'28 di febbraio 1852 nella causa tra Ardin ed Ardia.

Legato.

418. La dimanda di un legato particolare, quantunque di eredità indivisa, non si scambia con la dimanda di divisione di eredità (6 ag. 1853 —Carafa e Carafa).

La Corte Suprema osservò, che la dimanda di un legato particolare, anche quando l'eredità è giacente, non può scambiarsi con la dimanda dell'eredità, e che un limite invariabile viene tracciato tra la competenza de' Tribunali civili e quella de' Giudici di Circondario.

419. Il legato alla moglie della porzione de' beni, di cui la legge permette disporre, non può ritenersi legato universale, ma a titolo universale (21 febbraio 1854. — Zappulli, Picella, ed altri).

La Corte Suprema osservò, che il legato aveva per oggetto, la porzione della quale il marito per legge poteva disporre, e nel rimanente egli istituiva erede il figlio; che questa porzione essendo la metà de' beni, il legato era della metà della eredità, e quindi a titolo universale.

Legato pio.

420. I legati pii, limitati ad un'annua prestazione, assorbita dalle opere pie disposte, non furono colpiti dalla legge del 1769 contra l'ammortizzazione. Per l'accettazione di tale legato non si richiedeva regio assenso (14 febbraio 1852. — Lumoffer, Cola, ed altri).

La Corte Supremo osservò, che la legge contra l'ammortizzazione ebbe in mira di vietare a' luoghi pii nuovi acquisti, specialmente d'immobili. Epperò gli annui legati di modica somma, quando erano assorbiti dalle opere pie imposte, non erano compresi nel divieto, poichè allora i luoghi pii erano unicamente esecutori della volontà del disponente. Che non trattandosi di un acquisto, ma di semplice esecuzione di volontà, non era necessario il regio assenso.

Legittima.

421. La legittima non può essere gravata della sostituzione permessa dalla legge (4 settembre 1852. — Tirone e Nuonno).

La Corte Suprema osservò, che la stessa locuzione dell'art. 945 fa conoscere, che la sua disposizione è una sostituzione fedecommessaria modellata sull' antica pupillare, ed è relativa unicamente a ciò, che si lascia, e non a ciò, che si ho dritto di pretendere.

422. L'accettazione del testamento paterno, che limita e determina la legittima sopra specificati beni, osta all'azione di divisione, promossa dal riservatario per conseguire il supplemento dello legittimo (19 novembre 1853. — De Petris Fragianni ed Olivieri).

La Corte Suprema osservò, che la legittima si estende sulla totalità de' beni ereditari, e quindi sopra ciascuna parte di essi, ma quando il legittimario limitandola a' fondi espressamente designati dal testatore, dichiara, che tutti gli altri fondi si appartengono all'erede del disponibile, è giuridico il concetto della rinunzia di ogni dritto su'fondi medesimi, essendo inconciliabili la idea di proprietà sull'intero ed il dritto di conseguirne una parte.

Monaco.

423. Il Monaco secolarizzato per breve pontificio con la clausola di osservare i voti compatibili col nuovo stato, ha dritto a succedere (13 settembre 1853. — Cootegiacomo e Cootegiacomo).

La Corte Suprema osservò, che la conseguenza immediata della secolarizzazione è, che il Monaco possa esercitare nel secolo tutti que' dritti, che prima della professione monastica competevano. Che la clausola dell'osservanza de'voti compatibili col nuovo stato autorizza il monaco secolarizzato ad acquistare, poichè il voto di povertà non è compatibile con la vita nel secolo.

424. I monaci francescani possono ricevere a titolo di elemosina somme annue (14 febbraio 1852. — Cam. riun. — Lumoffer, Cola, ed altri).

La Corte Suprema osservò, che la semplice elemosina non deve confondersi con l'acquisto o col possesso de' beni, e che perciò la regola de' Francescani non è di ostacolo ad un legato di annua somma tenue ed a titolo di elemosina.

Patrimonio (Separazione di).

425. L'inventario opera la separazione dei patrimoni (14 febbraio 1852. — Camere riunite — Lumoffer, Cola, ed altri).

La Corte Suprema osservò, che l'inventario opera da se solo la separazione dei patrimoni, ma che l'erede decade dal beneficio di esso, se sia incorso in qualche atto fulminato dalla pena di decadenza.

Prescrizione.

426. L'erede, che aveva la conoscenza del legato, non poteva per le antiche leggi del regno liberarsene con la prescrizione trentennaria. (Istessa decisione del numero precedente).

La Corte Suprema osservò, che per la Prammatica del 1738 il debitore per la conscienza del debito era riputato sempre in mala fede, e però non poteva prescrivere. Che niuna differenza vi è tra un debitore, che abbia egli o il suo autore contratto un debito, ed un erede, che col fatto solo dell'accettazione diviene debitore de' legati contenuti nel testamento.

427. La dichiarazione fatta nel testamento della esistenza di un debito ne interrompe la prescrizione (13 agosto 1853. — Ferretti, Conforti, ed altri).

La Corte Suprema osservò, che l'articolo 2154 delle leggi civili dichiara interrotta la prescrizione, quando il debitore riconosce il dritto di colui, contro del qual'era cominciata. Che il testatore col suo testamento pubblico avendo ordinato di vendersi un fondo per l'estinzione del debito, questa dichiarazione distruggeva la presunzione, sulla quale la prescrizione è fondata, e ne interrompeva il corso.

428. Il padre, che può prelegare la disponibile, ha dritto di scegliere e dinotare i fondi, che debbono comporla (28 febbraio 1852. — Ardia ed Ardia).

La Corte Suprema osservò, che la legge attribuisce a'genitori il dritto di disporre della metà de' loro beni tanto per donazione tra vivi, che per testamento, così a titolo universale come a titolo particolare. Che in questa facoltà necessariamente si contiene l'altra di prescegliere e dinotare i beni, nè i legittimari hanno dritto a dolersene, tostochè ricevono intiera la quota, loro riserbata dalla legge. Che in fine ogni dubbio viene rimosso dagli articoli 814, 834, 837 e seguenti delle Leggi civili.

Riserva.

429. La rinunzia all'eredità fa perdere il dritto alla riserva (29 aprile 1852. — Zinzi e Zinzi).

La Corte Suprema osservò, essere vero il principio, che la rinunzia alla eredità fa perdere il dritto alla riserva.

430. Nella quota di riserva, dalla legge accordata agli ascendenti nella successione testata de'loro discendenti, deve includersi la metà de' beni, che a costoro erano stati da quelli donati (20 aprile 1854. — Draganetti e de Lorenzo).

La Corte Suprema osservò, che trattandosi di successione aperta sotto l'impero delle attuali Leggi civili, si doveano queste applicare. Che in queste, facendosi eccezione al principio di non ottendersi l'origine de' beni, si dichiara, che gli ascendenti succederanno ad esclusione di ogni altro nelle cose da essi donate a' loro discendenti, morti senza prole. Che per esse la legittima degli ascendenti è la metà di quello, che sarebbe loro spettato *ab intestato*; e però se nella successione intestata l'ascendente avrebbe ricuperato que'beni donati, oltre la sua quota ne'beni creditari, la riserva consiste nella metà degli uni e degli altri.

Riversione.

431. L'azione di riversione della cosa donata non può sperimentarsi in vita del donatario contra il patto. — La riversione può stipularsi solo pel caso, che morisse il donatario senza prole in qualunque tempo. Stipularla pel caso, in cui morisse

senza figli di un determinato matrimonio, è un oltrepassare i limiti della eccezione, che la legge fa alla regola della irrivocabilità delle donazioni tra vivi (6 marzo 1852. — Pignatelli, Nocelli, ad altri).

La Corte Suprema osservò, che la riversione dovea seguire a' termini del patto. — Che il patto di ritorno è una eccezione alla irrevocabilità della donazione ed all' istantaneo passaggio del dominio nel donatario, nonchè al divieto de' fedecommessi, mentre il donatario è obbligato a conservare per restituire, quando si verifica il caso della riversione. Epperò è mestieri, che il patto, col quale vien stipulato, sia conforme alla disposizione della legge, e non ne oltrepassi i limiti. Che secondo le nostre leggi la riversione può convenirsi nella deficienza di figli, ma però senza limitazione nè di tempo nè di matrimonio. Convenirla dunque pel caso, in cui il donatario morisse senza figli di un determinato matrimonio, è ampliare l' eccezione, sostituendo un' altra ipotesi a quella stabilita dalla legge.

432. Premorto il discendente donatario o la dotata, ed indi anche la sua prole, ha luogo a favore dell'ascendente donante o dotante la riversione legale de' beni donati (2 settembre 1852. — Real Cassa e Covelli)

La Corte Suprema osservò, che gli ascendenti, che donano a' discendenti, specialmente nel caso di matrimonio, hanno in vista la di loro posterità, e nel caso di vederla estinta, si presume di non volersi spogliare de' beni per farli passare a degli estranei. Che da questo principio deriva la riversione delle cose donate. Che il rescritto de' 24 di settembre 1845 risolse il dubbio nato pel caso, in cui morto il donatario o la dotata, muoja pure la prole, sopravvivendo l'ascendente donante o dotante, e lo risolse a favore di costui.

433. Non ha luogo la riversione del dono, se non nel caso che il donante sopravviva al donatario. — La riversione stipulata sotto l' impero dell' abolito Codice civile a favore degli eredi del donante non regge, ancorchè le parti espressamente dichiarorono, di voler essere regolate dalle leggi civili, che in allora erano già pubblicate, ma non obbligatorie (17 dicembre 1853. — De Giovanni e Lonzano).

La C. Suprema osservò, che *in stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus*, e che perciò trattandosi di *abilità contrattuale*, non era in arbitrio delle parti di prescegliere una legislazione non imperante.

Rivindicazione.

434. Il coerede prima della divisione non ha dritto di proprietà assoluta ed esclusiva sopra alcun fondo, in guisachè lo possa rivindicare di mano del terzo possessore, che lo abbia acquistato dall'altro coerede (13 settembre 1853. — Cozzi e de Blasiis).

La C. Suprema osservò, che siccome in una eredità indivisa niun coerede può dirsi padrone assoluto di alcuno dei beni ereditari, così non può esercitare azione di rivindica contra colui, che abb a acquistato da un altro coerede; che potendo lo immobile alienato ricadere nella quota dell' alienante, la vendita da lui fattane sarà legittima.

Rivocazione

435. Un testamento pubblico nullo come testamento, ma valido come atto autentico, non vale a rivocare un precedente testamento olografo Lo potrebbe però, se il secondo testamento contenesse la spiega, che se non valesse come testamento debba valere come dichiarazione rivocatoria del precedente testamento (16 agosto 1828. — Manro e Parise).

La C. S. osservò, che un atto nullo, non può produrre verun effetto; che nullo l' atto, è anche nulla la clausola derogatoria, che vi si contiene. Che nullo l'atto come testamento, non vale neppure come rivocazione autentica del testamento, perchè il testatore ha voluto fare l' uno e non l'altra. Che tutto al più varrebbe come rivocazione, se contenesse l' espressa clausola più sopra indicata, e ciò per argomento di quanto era disposto per la clausola codicillare; *L.* 41. § 3, D., *de vulg. et pupill. substit.*; l. 3 *in fin.* D., *de testam. ordin.*

436. Altra decisione nel medesimo senso (17 aprile 1852. — Chidichino e Chidichino).

L' arresto è lungamente ragionato. Dopo di avere stabilito le differenze tra i solenni di un testamento per atto pubblico e quelli di un atto autentico; dopo di avere rilevato, che la qualità o la definizione degli atti dipende dalla volontà dei loro autori, e che un atto nullo nel senso, in cui è fatto, non può valere in un altro senso, nel quale non si è voluto fare; dopo di avere osservato, che *ex nihilo nihil fit*, trae ancho argomento dall' art. 992 della leggi civili, il quale contiene, che la rivocazione fatta con un testamento posteriore sarà efficace, ancorchè questo nuovo atto rimanga senza effetto per la rinunzia o la incapacità dell' erede o del legatario. La Corte Suprema osserva, che dei due

così, pei quali possono rimanere inefficaci le ultime volontà, la legge avendo parlato solo di uno, non ha voluto parlare dell'altro. Da ultimo ricorse all'alemento istorico, rilevando come nella discussione dell'art. 1035 dell'abolito Codice civile fu detto, doversi redarre un apposito articolo, che convertisse in disposizione legislativa l'opinione, che la corte combatteva; il che poi non si era fatta, donde bisognava argomentare non essersi più voluto fare.

437. L'ingratitudine ed il niego degli alimenti è causa legittima per la rivoca della donazione (17 marzo 1853. — Di Fazio e di Fazio).

La Corte Suprema si riportò alle testuali disposizioni degli articoli 880 ed 878 delle Leggi civili.

438. La nascita del postumo rivoca il testamento tanto per dritto romano, che per le nuove leggi Ed in tal caso l'erede scritto è tenuto a restituire i frutti dal giorno, in cui gli venne intimata la nascita (23 marzo 1854. — Rocco e Brescia).

La C. Suprema osservò, che per l'art. 1001 delle Leggi civili le medesime cause, che secondo l'art. 878 e le due prime disposizioni dell'art. 880 autorizzano a rivocare le donazioni tra vivi, sono anche ammesse per rivocare i testamenti. Che fra queste cause vi è la sopravvenienza dei figli, nè saprebbe intendersi come il rimando all'art. 878 sia effetto di menda tipografica. Che oltre la chiara ed espressa disposizione dei detti articoli era noto, che per dritto romano la nascita del postumo rompeva il testamento.

Sostituzione fedecommessaria.

439. La instituzione di erede fatta dalla moglie a favore del marito *fino alla sua morte* con l'obbligo ai di lui eredi di restituire la dote (in che consisteva tutta la cosa disposta) per intiera ai pronipoti della testatrice, non costituisce una sostituzione fedecommessaria (19 agosto 1852. Ponzelli e Rocco).

La testatrice aveva istituito erede suo marito *sino alla sua morte*, ed aveva soggiunto, che dopo la sua morte gli eredi dello stesso avessero restituito le sue doti (che era tutta l'eredità) ad un suo pronipota.

La Corte Suprema osservò, non doversi confondere la sostituzione fedecommessaria con la instituzione in semplice usufrutto, e doversi perciò accuratamente indagare, se in un testamento si trova l'una o l'altra di queste due disposizioni, fermandosi non alla lettera, ma all'intenzione del disponente. Che dovendosi nella interpretazione procurare di conservare la volontà del testatore, nel dubbio, se esista o pur no una sostituzione, deve piuttosto ritenersi la negativa. E perciò non è più ora permesso di ricorrere alle presunzioni e congetture, che in materia di fedecommesso si ammettevano nel dritto romano, ove i fedecommessi erano favoriti. Che ogni qualvolta dal complesso della disposizione risulta di essersi donato ad una determinata persona per goderne sua vita durante, e poi passare la cosa donata ad altra persona, che fosse almeno conceputa nel momento della donazione o della morte del testatore, debba più facilmente ritenersi di essersi inteso di donare alla prima l'usufrutto, e la proprietà alla seconda. Che una diversa interpretazione violerebbe la regola per la quale una clausola deve interpretarsi piuttosto nel senso, che può produrre effetto, che nel senso opposto, e che perciò nella specie, essendo esistenti le persone contemplate, doveva ritenersi data la proprietà ai pronipoti e l'usufrutto al marito.

Sostituzione pupillare.

440. La sostituzione permessa dall'art. 945 delle leggi civili non si estende alla quota di riserva (24 febbraio 1853. — Montesano e Neri).

La Corte Suprema osservò, che per testuale disposizione del citato articolo la sostituzione, di cui esso parla, è permessa pei soli beni, nei quali il minore è lasciato erede. — Che la quota di riserva è data ai discendenti direttamente dalla legge senza il concorso della volontà dell'uomo, e perciò non è mai una largizione da parte del padre, nè può essere diminuita, nè soggettata ad alcun vincolo.

Testamento mistico.

441. La mancanza della menzione dell'ora nell'atto di soprascrizione dei testamenti mistici produce la nullità dell'atto. E se i giudici del fatto ritengono, non concorrere equipollenti capaci a supplire la richiesta indicazione dell'ora, il loro giudizio non è soggetto a censura (5 agosto 1852. — Sylos e de Marinis).

La Corte Suprema osservò, che per gli articoli 17 e 26 della legge sul notariato la menzione dell'ora nell'atto di soprascrizione dei testamenti mistici è prescritta a pena di nullità. Che i giudici del merito non avendo rinvenuti in quell'atto equipollenti, che la supplissero, il loro giudizio non era soggetto a censura.

442. Il notaio non deve necessariamente re-

digere l'atto di soprascrizione sulla stessa carta, in cui si contiene il testamento, nè incorre in alcuna nullità, se la redige su di altra carta, che adopera per servire di involto alla prima. Però ritenuto in fatto, che la chiusura del testamento lasciava la possibilità di poterlo sottrarre dal suo involto, il testamento è nullo (23 giugno 1853. — Colamesta e de Lucia).

La Corte Suprema osservò, non esigere l'art. 902, che il notaio abbia necessariamente a redigere l'atto di soprascrizione sulla stessa carta, in cui si contiene il testamento, ed essere invece troppo chiaro il pensiero del legislatore. — Che le parole *involto chiuso* e *sigillato* indicano evidentemente una carta piegata e garentita in modo da non potersene estrarre quella, che vi si contiene senza rompere e danneggiarsi la chiusura. Che questa è una guarentigia essenziale del testamento mistico, e che perciò la legge non l'abbandona alla prudenza del Notajo, non essendo cosa lieve ed indifferente, ma di somma importanza. Che non si ammette in questo caso l'azione di falso, perchè il testamento sarebbe nullo, anche quando costasse di non essere stato cambiato, comechè la forma, di cui si discorre, non tende soltanto alla *pruova* della verità dell'atto, ma anche ad *ingenerare* la sua solennità, ed è un costituento della sua legale esistenza.

TESTAMENTO OLOGRAFO.

443. Pel dritto vigente il testamento olografo può farsi *per epistolam*, ma è necessario, che si dichiari in una maniera certa e non equivoca di volersi disporre a causa di morte ; e questa circostanza essenziale deve risultare dalle parole stesse della lettera senza ricorrersi a circostanze estrinseche. (14 giugno 1854. *Cam., riun.* Adelardi, Beneficenze di Reggio e di Oppido).

La specie è la stessa di quella riportata nel n. 352. L'arresto presente fu emesso a camere riunite.

La Corte Suprema osservò, non dubitarsi più, che un testamento olografo può farsi anche con lettera missiva, ove abbia tutte le formalità richieste per questo testamento. Che però è necessario, como requisito sostanziale di quest'atto, che il testatore dichiari in una maniera certa e non equivoca, ch'egli volle disporre pel tempo, in cui sia cessato di vivere; nel che il testamento differisce dalle donazioni tra vivi. Ed a tal fine è d'uopo, che le parole del testamento dinotino chiaramente la volontà di disporre a causa di morte. Che questa circostanza essenziale non si può dedurre da fatti, che sono fuori della lettera, perciocchè l'atto deve qualificarsi *ex suis verbis*, e non da circostanze, ch'essendo fuori di esso, gli sono assolutamente estranee. Che si può ricorrere a' fatti estrinseci, quando non dubitandosi dell'esistenza giuridica del testamento, si controverte sulla qualità ed estensione delle sue disposizioni. In questo caso può il giudice determinare quello, che volle verosimilmente il testatore, interrogando le sue abitudini, le sue affezioni, la comune opinione, e traendo induzioni dalla qualità della persona, dal tempo, dal luogo, e da altro dati somiglianti, così dovendo essere intese praticamente applicate le leggi 114 *de regul. jur.*; 16, D., *de cond. et demost.*; e 50, § 3, D. *de leg.* 1.

TESTIMONI (Pruova per)

444. Per interpretare la volontà del testatore non si può ricorrere alla pruova testimoniale. (17 gennaio 1854. — P. M. e Flamini).

Il testatore aveva scritto — « Fo erede mio figlio Valentino della mia tangente. » Sorse il dubbio, se per tangente s'intendesso il disponibile, ed il tribunale civile di Teramo ammise una pruova testimoniale per provare, che il testatore alle parole *metà* e *quota disponibile* soleva surrogare quella di *tangente*.

A richiesta del P. M. la Corte Suprema osservò, che le quistioni di volontà non possono essere risolute con pruove estrinseche. Che l'atto dev'essere interpretato con le regole scritte negli articoli 1109 e seguenti, delle leggi civili, vagliandone le diverse condizioni e l'insieme, nel qual modo sempre traspira la volontà del testatore. Che al contrario la pruova testimoniale può alterarne il senso e la sostanza, e daro risultamenti diversi dai veri, di talchè il testamento potrebb'essere l'opera più dei testimoni che del testatore.

TRASCRIZIONE.

445. Il compratore può opporre la mancanza di trascrizione della donazione (2 giugno 1853. — De Gregorio e Varrone).

La C. S. osservò, che la mancanza di trascrizione, forma sostanziale per rispetto a' terzi di ogni donazione di beni capaci d'ipoteche, può opporsi da qualunque interessato, meno coloro, che hanno l'obbligo di farla eseguire ed i loro aventi causa, e meno il donante e gli eredi di costui. Che la legge non avendo fatta espressa menzione degli aventi cau-

sa del detto donante, non ha voluto comprenderli, nè li ha compresi nella eccezione.

446. Altro arresto nel medesimo senso (21 giugno 1853 — Mascitelli e Massangioli).

La C. S. osservò, non potersi limitare la frase *qualunque persona interessata* a' soli creditori anteriori alla donazione, perchè se sono inscritti, conservano il loro dritto, e se non lo sono, possono inscriversi sino a quindici giorni dopo della trascrizione. Che non regge l' argomento di analogia tratto dall' art 2081, stante la diversa indole del contratto di vendita e dell' atto di donazione, ed attese le diverse prescrizioni della legge a loro riguardo; ed infatti mentre per la donazione la legge richiede la trascrizione per la sua perfezione relativamente a' terzi, non la richiede per la vendita. Che dopo la legge del 31 di gennaro 1843 sarebbe mostruoso, che mentre il secondo compratore, che ha trascritto, vince il primo compratore, che non ha trascritto, rimanesse poi vinto dal precedente donatario, che ha trascurato la trascrizione.

447. Di due donazioni dello stesso fondo prevale la seconda trascritta e non la prima non trascritta. — Il difetto di trascrizione della prima donazione non si può supplire, dimostrando la conoscenza, che della prima donazione aveva il secondo donatario (10 novembre 1853. — Marziale e Raso).

La Corte Suprema osservò, essere un inconcusso principio di dritto, che la donazione tra vivi non trasmette la proprietà rispetto ai terzi, se non sia seguita dalla trascrizione. Che di questo principio è conseguenza la disposizione, che autorizza ogni interessato ad opporre la mancanza di trascrizione. Che il secondo donatario particolare à sicuramente un interesse positivo a prevalersi della mancanza di trascrizione di una donazione precedente. Che se per l' art. 1028 delle leggi civili i donatari non possono opporre la mancanza di trascrizione o d' inscrizione a' chiamati, è questa una disposizione eccezionale, dettata nel favore dei sostituiti nelle donazioni contemplate dagli articoli 1003 e 1004 delle dette leggi civili (V. il n.° 447).

448. Il domino diretto non può opporre la mancanza di trascrizione della donazione del dominio utile fatta dal padre al figlio. (26 novembre 1853. — Taccone, Tavella ed altri).

La Corte Suprema osservò, che il padrone diretto non può pretendere di essere preferito, quando trattasi di ogni altra specie di alienazione del fondo enfiteutico diversa dalla vendita, cessione *in solutum*, o succenluazione, (articoli 1698, e 1699 leggi civili); che perciò non può essere considerato come persona interessata ad opporre la mancanza di trascrizione della donazione.

449. Altra decisione nel senso di quella del n. 447 (P. M., Cortino, Rizzelli, e Lecce).

La C. S. osservò, non esser vero, come la G. C. c. v. aveva ritenuto, che l' art. 1188 delle Leggi civili dia argomento, che le così dette regole di giustizia naturale siano obbligatorie giudiziariamente, anche quando non siano dichiarate tali dalla legge; bensì in quell' articolo, come in moltissime altre disposizioni positive, essersi eretto in legge un principio di giustizia, seguito da per tutto, ed il quale è esso stesso la conseguenza del principio più generale, che ogni individuo capace e sciente de' propri dritti, quando abbia una volta disposto liberamente delle proprie cose, non è autorizzato poi ad insorgere illegalmente contra i propri atti legittimi. — Doversi riconoscere fuori dubbio come base della giustizia delle leggi e come disposizione positiva di tutt' i codici la massima, che alcuno non debba recare altrui verun danno col proprio fatto, e ch' essa è la più salda base della garentia del dritto di proprietà. — Ma che nella specie non viene in disputa l' obbligazione dell' alienante verso entrambi i successivi contraenti. Fuori dubbio egli è tenuto verso di tutti e due; egli deve la cosa alienata all'uno ed il suo valore o l' *id quod interest* all' altro. La disputa sorge tra' due donatari; e tra questi il primo è in colpa di non avere adempito alla prescrizione della legge, di ave ne trasgredito il precetto, e deve quindi venir posposto a colui, che con maggior diligenza si è uniformato alle sue disposizioni; colui, che non ha conservato il proprio dritto nei modi legali, non ne può pretendere l' esercizio in danno altrui. Che indubitatamente il divieto di un atto rende nullo l' atto fatto in contravvenzione, ma per lo stesso motivo quando la legge impera, la sua voce non debba rimanere senza effetto. E nella specie l' atto, che determinava il divieto di un secondo atto, che si troverebbe in contravvenzione di questo divieto, doveva adempire ad un precetto della legge, ch' è rimasto violato. Ora l' adempimento e l' inadempimento delle prescrizioni della legge non debbono per certo produrre il medesimo effetto.

Digitized by Google

USUFRUTTO.

450. Quando alla donataria dell' usufrutto si è conceduto il dritto di disporre di una data somma sulla proprietà, se ella non ne ha disposto, la somma rimane nel di lei patrimonio e forma parte del suo asse ereditario (4 novembre 1852 — Tirone e Nuonno).

La Corte Suprema osservò, che il donante non si era nulla riserbato per sè, e quindi nulla potea ritornare a lui. Che il dritto dato alla donataria dell' usufrutto di disporre di duc. 200 sulla proprietà, donata ad un altro, costituiva una delibazione di questa proprietà, e si trovava trasferito nel patrimonio della donataria dell' usufrutto.

451. L'atto, col quale il donatario rinunzia a favore del donante all' usufrutto di taluni immobili, precedentemente avuti per donazioni tra vivi, e riceve in sostituzione un usufrutto su di altri immobili, è permuta e non donazione (10 novembre 1853. Martelli e Raso).

La signora Corso era divenuta proprietaria incommutabile dell' usufrutto di taluni immobili, donatile dalla signora Romano. Questo usufrutto ella con atto del 29 aprile 1850 rinunzia e cede alla donante, la quale in *retribuzione per tanto* dà alla signora Corso l' usufrutto di altri immobili per quattro anni.

La Corte Suprema osservò, che nella specie un usufrutto è dato per un altro. Che nulla vi è nel contratto, che accenni ad un atto di liberalità e che perciò il contratto contiene una permuta e non una donazione.

452. Dato in usufrutto un fondo sotto la condizione del celibato, il donatario, che contrae matrimonio, serba l'usufrutto pel tempo anteriore alle nozze (28 febbraio 1852. — Ardia ed Ardia).

La Corte Suprema osservò, che quando la condizione si versa sopra fatti successivi, conserva la sua efficacia per tutto il tempo, che si adempie, comunque in seguito venga a mancare (L. 30, §§, D., *de legat.*). Il che specialmente avviene quando si tratta di percezione di frutti.

FINE DELLA GIURISPRUDENZA

Napoli 24 ottobre 1855.

CONSIGLIO GENERALE

DELLA

PUBBLICA ISTRUZIONE

Vista la dimanda del tipografo Luigi Fusco, il quale ha chiesto di porre a stampa l'opera intitolata: *Troplong* sulle *Donazioni e Testamenti.*

Visto il parere del Regio Revisore *Monsignor D. Tommaso Salzano:*

Si permette che la indicata opera si stampi, ma non si pubblichi senza un secondo permesso, che non si darà se prima lo stesso Regio Revisore non avrà attestato di aver riconosciuto nel confronto essere la impressione uniforme all'originale approvato.

Il Consultore di Stato, Presidente provvisorio
SIG. CAV. CAPOMAZZA

Il segretario generale
GIUSEPPE PIETROCOLA.

CURIA ARCIVESCOVILE

Nihil obstat.

T. Garavini, della Comp. di Gesù. C. T.

Digitized by Google

TAVOLA

GENERALE

ALFABETICA ED ANALITICA

DELLE MATERIE

CONTENUTE IN QUEST' OPERA.

Le cifre romane indicano il volume; le cifre arabe il numero de' paragrafi, e non la pagina.

A

Digitized by Google

Digitized by Google

801, 802. — Del senso della parola *beni* nell'art. 915. 803. La parola generica di *ascendenti* comprende non solamente il padre o la madre, ma anche gli avi in qualsivoglia grado siano; 804. — In quale caso la riserva è dovuta agli avi; 805. — Del loro dritto in una successione testamentaria, se i fratelli e le sorelle rinunsiano; 806. — *Quid*, se sono assenti? 807.—*Quid* nel caso, in cui l'avo successibile rinunzia? I collaterali allora hanno dritto alla riserva?808, 809. — Del caso d'indegnità o di assenza o della morte civile dell'avo: 810.—Del dritto dell'avo sulla successione del figlio illegittimo riconosciuto; 811. — *Quid* relativamente alla successione del figlio adottato? 812.—Del caso, in cui il padre e la madre hanno dritto ad una riserva su' beni de' loro figli premorti; 813. — *Quid*, se il padre e la medre sono indegni, interdetti, o morti civilmente? 814. — *Quid* nel caso di ripudiazione del padre e della madre? 815. — Dell'adottante relativamente all'adottato; 816. — Il padre ha una riserva su' beni di suo figlio naturale riconosciuto? 817. — Esempio de' casi preveduti dal 2do § dell'art. 915; 818. — Difficoltà suscitate de taluni autori nel caso, in cui il disponente è minore; 819 a 824.

§ 2. Della divisione anticipata fatta dagli ascendenti tra' loro figli. Vedi *Divisione di ascendenti*.

§ 3. Dell'accettazione del padre e della madre ed altri ascendenti del minore della donazione, che gli è fatte. Vedi *Accettazione*.

AUMENTO. Quando colui, che ha legato la proprietà di un immobile, l'ha in seguito aumentato con degli acquisti, questi acquisti fanno parte del legato? *Quid* degli abbellimenti e delle nuove costruzioni? V. *Rilascio del legato* § 4.

ANTICIPAZIONE DI EREDITÀ. Delle collazioni a successioni e della riduzione, cui danno luogo le donazioni in anticipazione di eredità. V. *Quota disponibile*, § 4. *Collazione e riduzione*.

C

CADUCITÀ. § 1. Delle cause di caducità delle disposizioni testamentarie.

1. Della caducità per *la premorienza del legatario*; II, 2121. Essa non ha luogo, s'è provato, essere il legato una ricognizione di debito, 2122 — *Quid* del legato rimuneratorio? 2123. — Le presunzioni stabilite dall'art. 720 del Codice in caso di morte in uno stesso avvenimento delle persone chiamate a succedersi reciprocamente *ab intestato*, sono applicabili tra il testatore ed il legatario? 2124 a 2132. — Il legato non è caduco, se il testatore ha manifestata la volontà, che gli eredi del legatario lo raccogliessero in di lui mancanza. Codesta volontà dev'essere formalmente espressa? 2133.

2. Della caducità delle disposizioni condizionali, quando il gratificato muore prima dell'avveramento della condizione. Distinzione da fare; 2134, 2135.

3. Della caducità per la *perdita della cosa legata durante la vita del testatore*; 2136, 2137. — Quando una cosa è riputate di essere perita? 2138 a 2141.—La volontà del testatore dev'essere indagata, e deve sempre prevalere; 2142.—L'insufficienza de' beni della successione può rendere il legato caduco in tutto o in parte; 2143.— Della perdita sopragiunta dopo la morte del testatore; 2144.

4. Della caducità per *incapacità del legatario*. V. *Capacità*. Dell'epoca da considerare per giudicare dell'incapacità; 2146.

5. Della caducità per *ripudiazione*. Della differenza tra la donazione ed il legato in quanto all'accettazione. V. *Ripudiazione*.

§. 2. Quali persone possono profittare della caducità del legato? Dritto di accrescimento. V. *Accrescimento*.

§. 3. Caducità delle donazioni fatte in favore del matrimonio.

Evvi caducità, se il matrimonio non siegue; II, 2471, 2472. — Del caso in cui la donazione fatta in favore del matrimonio si trova fuori del contratto; 2473. — La caducità si applica alle donazioni occulte; 2474. —La nullità del matrimonio ha forse l'istesso effetto del suo non compimento? 2475.— *Quid* relativamente a' terzi? 2476. Qual' è l'influenza della nullità del contratto di matrimonio sulla donazione? 2477. — La celebrazione del matrimonio dopo la morte del donante impedisce la caducità; 2478. — *Quid* dell'incapacità sopravvenuta nella persona del donante prima della celebrazione del matrimonio? 2479.

Della caducità delle donazioni fatte ad uno de' coniugi ne' termini degli art. 1082, 1084, 1086 del Codice Napoleone, se il donante sopravvive allo sposo donatario ed alla sue posterità; 2480. — 1.° A queli donazioni si applica la capacità pronunziata dall'art. 1089 del Codice? 2481 a 2486;— 2.° Qual' è l'avvenimento, che opera la caducità? La premorienza del donatario e della sua posterità; 2487.—Trattasi della posterità del matrimonio favorito dalla donazione; 2488, 2489. — Un figlio adottivo non fa ostacolo alla caducità; 2490.—*Quid* del figlio naturale legittimato? 2491.—Della condanne del donante ed una pena afflittiva perpetua. Della sua scomparsa e della

Digitized by Google

Digitized by Google

sale, o a titolo particolare. Vedete *Debiti e pesi*. — I creditori del legatario possono essere ammessi ad accettare la liberalità, alla quale egli ha rinunziato; 2159. — I creditori del donante sono non ammessibili a dimandare la nullità della donazione occulta in contravvenzione degli articoli 1094 e 1098; 2747.

D

Debiti e pesi §. 1. De' debiti e pesi delle successioni; II, 1835.

1. *Del legatario universale*. Egli è tenuto *ultra vires*; 1836 — *Quid*, allorchè il legatario è in concorso con un riservatario? Distinzione da fare; 1837, 1838. — Che importa l'azione diretta? In quale misura questo legatario n'è tenuto? 1839. — Del caso in cui è in concorso con un riservatario; 1840. — Dell'azione ipotecaria, alla quale è sottoposto; 1841.—Del pagamento de' legati. Come il legatario universale n'è tenuto? 1842, 1843. — Dell'applicazione della legge Falcidia in dritto romano; 1844. — Esse non è stata adottata dal Codice; 1845.

2. *Del legatario a titolo universale*. Della sua assimilazione al legatario universale per il pagamento de' debiti; 1857. — Della divisione de'debiti tra gli eredi o collegatari ed il legatario a titolo universale. Regola diversa di quella, ch'è seguita relativamente a' creditori. — *Quid* allorchè il legato a titolo universale è di una specie di beni? 1859. Come contribuisce il legatario dell'universalità dell'usufrutto? 1860, 1861. — Dell'azione ipotecaria 1862. — Il pagamento de' legati particolari è un peso della successione. Il legatario a titolo universale deve contribuire; 1863, — anche quando concorre con un erede naturale; 1864, — a menochè il testatore non abbia manifesta la una intenzione contraria. Esempii. II, 1865 a 1867. — Conseguenze di queste soluzioni in quanto al profitto delle caducità; 1868.

3. *Del legatario a titolo particolare*. Egli non è tenuto de' debiti, quando la successione è solvibile; 1982. — È obbligato di subire una riduzione, se vi è luogo a perfezionare la legittima; 1983. — Deve sopportare i pesi risultanti dalla natura stessa della disposizione; — 1984 *Quid* in caso d'insolvibilità della successione? 1985 a 1987. — Dell'azione ipotecaria, alla quale può essere sottoposto il legatario particolare; 1988, 1989.

Delle ricognizioni di debiti contenute in un testamento. — Sono desse rivocabili? II, 2054 a 2061. — *Quid* della dichiarazione per testamento di essere stato un debito pagato? 2062, 2063.

§. 2. De' debiti in materia di *donazione tra vivi*. Della condizione di soddisfare i debiti imposti al donatario. V. *Donazione tra vivi* § 7.

Nel caso di divisione di ascendente; V. *Divisione di ascendenti*.

Nel caso d'*instituzione contrattuale*; II, 2365.

Nel caso di donazione *di beni presenti e futuri* per contratto di matrimonio; II, 2402 a 2406, e 2412 a 2427. *Quid* della condizione imposta in questo contratto di pagare indistintamente tutti debiti e pesi della successione del donante? 2448 a 2452.

Dimostrazione. Del legato dimostrativo; I, 369 a 379. V. *Condizioni*.

Diredazione. Della diredazione nel dritto antico. — *Quid* sotto del Codice? V. *Riserva*.

Divisione di ascendenti Scopo ed utilità della divisione di ascendente. — Ciocchè la distingue dalle dimessione de' beni; II, 2293. — Origine istorica. — Dritto romano; 2294.—Dritto consuetudinario; 2295, 2296. — La quota disponibile può essere donata ad uno de' figli in antiparte; 2297. — Questa divisione si fa per donazione o per testamento; 2298, 2308. — Essa imita in una certa misura la successione naturale; 2299. — Del vero carattere della divisione *inter liberos*. *Quid* della divisione fatta tra vivi? 2300 a 2301. — *Quid* della divisione fatta per testamento? 2302. — La rappresentazione è ammessa, salvo per la precapienza; 2303. — Il padre deve seguire le regole d'une divisione ordinaria? 2304. — Il figlio, che accetta una quota in vita di suo padre, è recettibile dopo la morte di costui a contradire l'equa composizione di queste quota? 2306.—Della clausola, per la quale il padre dona per precapienza quello, che in una quota si trova più dell'altra; 2306.

Degli effetti della divisione di ascendente, 2307. — Essa cambia di natura e di effetti secondochè vien fatta nella forma testamentaria o nella forma delle donazioni tra vivi; 2308. — Conseguenze in quanto alla rivocabilità ed a' beni, che la divisione può comprendere; 2309, — ed alla devoluzione de' debiti; 2310 a 2312.—Del conto, che il padre deve avere de' doni, ch'egli ha di già fatto a' suoi figli, sia per precapienza, sia per anticipazione di successione; 2313. — Della promessa d'uguaglianza, che avesse fatta ad uno de' suoi figli; 2314.

La divisione può non comprendere, che una parte de' beni; II, 2315.—*Quid* allora de' beni rimasti fuori, e de' nuovi acquisti? 2316.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

L.

M

Digitized by Google

Digitized by Google

dell'art. 919; I, 877. — Numerose diversità su questo punto nel dritto consuetudinario; 878. — Della dispensa della collazione in dritto romano; 879. — Discussione nel Consiglio di Stato; 880. — La collazione è la regola; la precapienza l'eccezione; 881. — Le espressioni *per precapienza ed anteparte* non sono sacramentali; 882. — Un legato univer ale fatto da un padre ad uno dei suoi figli ha la stessa energia di un legato con dispensa dalla collazione? 883. — Della donazione occulta sotto la forma di contratto a titolo oneroso; 884. — Specialmente delle alienazioni a favore dell'erede in linea diretta con peso di rendita vitalizia o a fondo perduto, o con riserva di usufrutto. Vedi *Collazione*. — La precapienza può risultare da un atto posteriore alla donazione; 885. — Circostanze posteriori possono decidere della precapienza; 886. — *Quid*, se l'erede donatario rinunzia alla successione? Riassunto 887. — Se la donazione fatta con dispensa dalla collazione eccede la quota disponibile, l'eccedente si conferisce alla massa; 888. — Il figlio, che avesse ricevuto un dono eccessivo, potrebbe col rinunziare ritenere la donazione mercè il cumulo della legittima e della quota disponibile? 786 a 793. — Dell'effetto della riserva fatta dal donante di disporre del dippiù dei suoi beni. — Distinzioni 890, 891. Della precapienza donata ad uno dei figli in una divisione di ascendenti. Vedi *Divisione d'ascendente*.

Prescrizione. La prescrizione acquistata dall'omicida contra la coadanaa non lo rileverebbe dalla sua indegnità; I, 576. — Prescrizione dell'azione di riduzione; 941, 942. — *Quid* relativamente ai terzi possessori dei beni conferibili? 1033, 1035. La rinunzia ad una prescrizione acquistata è esente dalle formalità della donazione; 1079. — Durata dell'azione di nullità della donazione per servizio di forma; 1086. — Durata dell'azione per la restituzione degli oggetti mobili donati, quando non vi è annesso uno stato estimativo; 1258. — Della prescrizione dell'azione di risoluzione della donazione per causa d'ingratitudine; 1503, 1323, 1324, 1332. — Della prescrizione dell'azione di rivocazione della donazione per causa di sopravvenienza di figli; 1421 a 1427. — Dell'azione di rivocazione di un legato per causa d'ingratitudine o di ostilità; II, 2203, 2204. Dell'azione di risolazione di una divisione di ascendenti per causa di risoluzione dippiù di un quarto; 2331. — Dell'azione per eccesso della quota disponibile; 2332, 2333 — Dell'azione di nullità per viziosa composizione delle quote; 2334 a 2336 — L'instituente nel caso dell'art. 1082 può rinunziare ad una prescrizione acquistata?

Q

Quota disponibile. La quota disponibile è ciò, di cui è permesso di disporre, fatta deduzione della riserva fissata dalla legge. La quota disponibile per donazione è la stessa di quella per testamento. — Differenza col dritto antico; I, 51 a 53. — Vedete *Riserva*.

§ 1. A favore di chi il padre di famiglia può disporre della quota disponibile ed in quale forma? Vedi *Precapienza*.

§. 2. Modo di determinare la quota disponibile Vedi *Riduzione* §. 4.

§. 3. Di certe disposizioni, che eccedono la quota disponibile.

1.° Della disposizione di un usufrutto o di una rendita vitalizia.

Difficoltà del dritto antico; II, 832. — Dritto di ozione, che l'art. 917 dà ai riservatari, di eseguire la disposizione o di abbandonare la quota disponibile; 833. — Il riservatario, che vuole usare di questo dritto, deve provare di avere giusta ragione di dolersi della liberalità usufruttuaria; 834 ad 838 e 839. — *Quid* se vi sono più riservatari di contrario avviso? 840. — *Quid* se si tratta di un legato d'uso e d abitazione? 841. — Il legatario a titolo particolare di usufrutto non diviene per l'abbandono della quota disponibile successore a titolo universale. — Conseguenze; 842, 843. — Il dritto di ozione non appartiene ai collaterali; 844. — *Quid*, quando il riservatario ha consentito con conoscenza di causa al rilascio del legato? 843.

2.° Dei beni alienati sia a peso di usufrutto, sia a fondo perduto o con riserva di usufrutto ad uno dei successibili in linea diretta (articolo 918). Vedi *Collazione*.

§. 4. Della quota disponibile speciale del coniuge.

Motivi, che l'han fatta determinare; II, 2553. — Se la quota è oltrepassata, vi è luogo solamente a riduzione; 2554 Del caso in cui il donante non ha riservatario; 2555. — Del caso, in cui lascia degli ascendenti per eredi; 2556. — Un legato universale o un dono del disponibile abbraccia l'usufrutto della riserva senza clausola espressa; 2557, 2558. — Del caso, in cui il donante lascia dei discendenti. — L'art. 1094 fissa un *maximum*, che non può essere oltrepassato anche quando vi sia un figlio solo; 2559 a 2566. — Di che si compone questa quota disponibile; 2567, 2568 — Come si riduce il dono dell'usufrutto di tutti i beni? 2569, 2570. — — Dell'applicazione a questa materia dello art. 917; 2571, 2572. Come si riduce il dono di una rendita vitalizia? 2573, 2574. —

Digitized by Google

R

Digitized by Google

alienazioni hanno l'effetto di rivocare una disposizione testamentaria? — Esempi 2095 a 2098. — Del carattere dell'alienazione rivocatoria. — Esempi; 2099 a 2101.

Cause diverse dall'alienazione, che rivocano il legato; 2102. — *Sic* quando il testatore fa cessare il motivo, dal quale aveva fatto dipendere la liberalità; 2103 a 2105. — Della condizione apposta al legato ed adempita dal testatore; 2106 — Della rivocazione per la rasatura, la lacerazione e la rottura de' suggelli; 2107 a 2113. — Il testatore può esigere dal notaio la consegna del suo testamento per atto pubblico a fine di annullarlo? II, 2114, 2115. — *Quid* del testamento mistico? 2116, 2117.

3.° Della rivocazione *per inesecuzione delle condizioni*; 2192, 2193. — Quest'azione può essere esercitata da ogni persona, che vi ha interesse; 2194.

4.° Della rivocazione per causa d' *ingratitudine*. Vedi *Ingratitudine*.

5.° Dell' *antichità del testamento*.— Essa in dritto romano era una pruova di rivocazione dopo dieci anni di data. — *Secus* sotto del codice; 2120.

6.° Rivocazione *per causa di sopravvenienza di figli*. Vedi *Sopravvenienza di figli*.

S

SECONDE NOZZE Disposizioni permesse sia per contratto di matrimonio, sia pendente il matrimonio al coniuge, che ha uno o più figli di un primo letto, a favore dell'altro coniuge. Vedi *Donazioni tra coniugi*.

SEPARAZIONE DI PATRIMONI Del dritto accordato al legatario di domandare la separazione de' patrimoni contro l'erede debitore del legato; II, 1929. — In caso d'insolvibilità della successione i legatari ricevono i loro legati solamente quando sono stati soddisfatti i creditori, — purchè costoro abbiano dimandato la separazione de' patrimoni; 1985, 1986. — Del caso, in cui questa separazione ha luogo di pieno diritto; 1987.

SEPARAZIONE PERSONALE. La separazione personale fa cadere le donazioni tra coniugi? II, 1361 a 1363. — Produce essa la rivocazione delle liberalità testamentarie fatte al coniuge, contro del quale è stata pronunziata? II, 2197. — In questo caso la separazione opera di pieno dritto la rivocazione? — Arresto della Corte di cassazione; 2198.

SESINA; Vedi *Possesso*.

SOPRAVVENIENZA DI FIGLI. Della sopravvenienza di figli considerata come causa di rivocazione delle donazioni tra vivi (art. 960 e 961 del codice); dritto romano su questa materia; II, 1364. — Fondamento legittimo di questa rivocazione 1365 e 1368.

§ 1.° Quali sono i figli, la cui nascita fa rivocare la donazione? De' figli legittimi e di quelli legittimati dopo della donazione 1369 a 1371. — *Quid* dei figli naturali? 1372. — Bisogna inoltre, che i figli la cui sopravvenienza opera la rivocazione, siano nati vitali; 1374, 1375 — Il figlio conceputo nel momento della donazione non è riputato nato; 1376. — La sopravvenienza di nuovi figli non è una causa di rivocazione, quando già ve n'erano nel momento della donazione; 1377. — *Quid* della donazione fatta da un padre nella falsa opinione della morte di un figlio assente? 1378. — Il donante, il cui figlio unico nel momento della donazione fosse morto civilmente, sarebbe riputato senza figli? 1379. — La nascita di un figlio legittimo fa forse svanire la donazione fatta in un'epoca, nella quale il donante aveva un figlio naturale? 1380. — *Quid* se la donazione è stata fatta, non al figlio naturale. ma ad un estraneo? 1381. — Il figlio nato da un matrimonio nullo per l'incapacità di uno dei contraenti, e legittimato per la buona fede dell'altro, dà luogo alla rivocazione? 1382. — Il donatario può respingere l'azione, provando la frode di una pretesa filiazione legittima? II, 1383.

§. 2.° Quali donazioni sono rivocabili per causa di sopravvenienza di figli? — Delle donazioni per causa pia nel dritto antico; 1384. — La legge *Si unquam* era dessa applicabile alle donazioni a causa di morte, alle donazioni reciproche, alle donazioni per contratto di matrimonio ecc.? — Dissentimenti; 1385, 1386. — L'ordinanza del 1731 sottopone alla rivocazione tutte le donazioni di qualunque natura; 1387. — Il codice non ammette eccezioni, che in favore delle donazioni a causa di matrimonio fatte tra' coniugi o da' loro ascendenti; 1388 — La donazione tra i futuri coniugi non è rivocabile per la sopravvenienza de' figli; 1389. — *Quid* della donazione fatta da un padre al suo unico figlio, se sopravvengono altri figli? 1390. — *Quid* del caso, in cui l'ascendente avesse donato alla sua nuora o al suo genero con contratto di matrimonio? 1391. — *Quid*, delle donazioni reciproche? — Definizione e carattere di questa specie di donazioni; 1392 a 1395 — Delle donazioni con patti; 1396. — Delle donazioni rimuneratorie; 1397. — Delle rimessioni di debiti e rinunzie a de' dritti acquistati. — Distinzioni; 1398, 1399. — Delle donazioni occultate sotto la forma di contratto oneroso; 1400. — Delle disposizioni regolate dall'art. 1840 del codice 1401.— La donazione per contratto di matrimonio da futuro a futuro non è rivocabile per so-

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

1610. — *Quid*, se ignorava questa parente la? 1611. — Bisogna, che riceva l'atto come notajo; 1518. — *Quid* se avesse negletto di menzionare il suo nome e la sua residenza? 1519 — Della responsabilità del Notajo: 1520. — Può spossessarsi della minuta in seguito della dimanda del testatore? 1509. — Decisione ministeriale circa il rilascio della spedizione; 1510. — Il Giudice non potrebbe contra il voto del testatore ordinare in di lui vita il rilascio d' una spedizione; 1511.

Della dettatura del testamento. — *Quid* dell' interrugazione? 1521. — Presenza dei testimoni; 1523. — Il notajo non è tenuto di riprodurre identicamente le parole del testatore; può anche ajutare lo sviluppamento di una idea chiaramente espressa; 1523, 1524. — *Quid*, se il testatore ha dettato in dialetto? 1525, 1526, 1527. — *Quid* se in lingua straniera? 1529. — Le disposizioni debbono essere scritte a misura, che sono dettate; 1528

Della scrittura. — Il Notajo deve scrivere egli stesso; II, 1530. — S' è ricevuto da due Notai, possono scrivere alternativamente; 1531. — Della lettura del Notajo al testatore; 1532. — Deve aver luogo innanzi a' testimoni; 1533, 1534. — Capacità dei testimoni. V. *Testimoni instrumentari*.

Della menzione espressa dell'adempimento delle formalità; 1535. — Su quali formalità la menzione deve cadere; 1536. — 1.° Menzione della dettatura. — Conseguenze. — Questa menzione può essere rimpiazzata da un equipollente *adaequate et identice*; 1537 a 1540. — La menzione della dettatura non può essere distrutta con la iscrizione in falso; 1541. — 2.° Menzione della scrittura del Notajo; 1542. — Ma gli equipollenti sono puro ammessibili. — Esempi, 1543 a 1547. — Il Notajo deve pure menzionare di avere scritto il testamento *tale, quale gli è stato dettato*? 1548. — Il luogo della menzione della scrittura è indiffe rente; 1549, — 3.° Menzione della lettura al testatore in presenza de' testimoni. — Equipollenti ammessi. — Giurisprudenza 1552 a 1562. *Quid* se la disposizione non compresa nella menzione non aveva altro scopo, che di spiegare una disposizione un poco oscura? 1563, 1564. — Tutte le sopradette menzioni debbono essere constatate dal notajo; 1565. — Quando il testamento le contiene, non si può essere ammesso a provare altra cosa, se non quello, ch' enunciano, senza iscrizione in falso; 1566. — I testimoni instrumentari possono essere intesi nella procedura in falso? 1567, 1568.

Le formalità prescritte dalla legge sul notariato sono applicabili alle disposizioni testamentarie; 1567. — Che cosa essa esige relativamente al nome de' testimoni; II, 1570. — Dell' indicazione del luogo, in cui si è passato l' atto; 1571. — Dell'enunciazione della dimora de' testimoni; 1572 — Della data dell' anno e del giorno. — Dell' errore di data, e delle soggionte; 1573, 1574, 1575. — La sottoscrizione deve seguire in presenza del testatore. — Ma la menzione della sottoscrizione è inutile; 1577.

Il testamento nullo come atto pubblico non potrebbe valere come testamento olografo; 1576.

Della sottoscrizione del testatore; 1578, 1580. — La menzione della sottoscrizione è necessaria; 1581 a 1583. — Della menzione espressa della dichiarazione del testatore, che non sa o non può sottoscrivere; 1584. La falsa dichiarazione fatta a tal riguardo dal testatore vizierebbe l' atto 1585, 1586. — Della menzione, che a tal riguardo deve fare il notajo; 1587 a 1589. — *Quid* se il testatore morisse prima di avere segnato il suo nome? 1590. — La menzione di non potere sottoscrivere dev'essere letta al notajo in presenza de' testimoni? 1591.

Della sottoscrizione de' testimoni. — Nelle città tutt' i testimoni debbono sottoscrivere. — Nelle campagne basta la metà. — Perchè; 1592, 1593, 1595. — Senso della parola *campagna*; 1594. — L' atto deve fare menzione della causa, che vieta a' testimoni non sosorittori di sottoscrivere? 1596. — *Quid* delle sottoscrizioni irregolari? 1597

Di certe incapacità relative di essere testimone instrumentario di un testamento. Vedi *Testimoni instrumentari*.

TESTIMONI INSTRUMENTARI *Osservazioni generali*. — La presenza de' testimoni è necessaria nel testamento per atto pubblico, e nell' atto di soprascrizione del testamento mistico; II, 1669. — La scelta appartiene al testatore, e nulladimeno in caso d' incapacità di uno di loro la responsabilità del Notajo può essere impegnata; 1670.

Dell' epoca in cui si deve considerare la capacità del testimone; 1684. — Il testimone è sempre presunto idoneo. — Conseguenze; 1685. — Della capacità putativa de' testimoni; 1686 a 1688.

Dell'incapacità assoluta di essere testimone instrumentario ne' testamenti sopradetti — Le donne non possono essere testimoni; 1672; — nè i minori; 1673. — Il testimone dev' essere suddito dell' Imperatore. — Senso delle parole *repubblicola, regnicolo suddito*; 1674. — Senso delle parole *cittadino francese* adoprate nella legge di ventoso; 1675. — Il testimone deve godere de' suoi dritti civili. — Pene, che im-

Digitized by Google

di più legati successivi del medesimo usufrutto? 133.

Del valore di rimpetto, a' riservatarî della disposizione per atto tra vivi di un' usufrutto, il cui valore eccede la quota disponibile. Vedi *Quota disponibile*, § 3.

Dell' imputazione, alla quale dà luogo l'alienazione de' beni a favore di uno dei successibili in linea diretta con riserva di usufrutto. V. *Collazione*.

Della valutazione dell' usufrutto; I, 839, II, 2609 a 2611. — Dell' estimo dell' usufrutto soggetto a riunione fittizia; I, 975.— Della riserva, che può fare il donante dell' usufrutto de' beni mobili od immobile donati; 1254 a 1260.— Il legato di usufrutto di tutti i beni è un legato a titolo universale; II, 1848. — Come contribuisce al pagamento de' debiti il legatario della universalità dell' usufrutto? 1860, 1861.—Il dritto dell' usufruttuario sulla cosa legata comincia dal giorno della morte del testatore. — Differenza col dritto romano; 1874. — Del legato di usufrutto a titolo particolare; 1904 a 1906. — Del legato di usufrutto con divieto di alienare; 1907, 1909. — *Quid* con podestà di alienare? 1908, 1910. — Differenza tra il legato di usufrutto ed i legati annuali; 1911. — Il legatario di un usufrutto è obbligato di domandare il rilascio per aver dritto a' frutti; 1912. — *Quid* del dritto di accrescimento in materia di usufrutto? II, 1913 e 2183 a 2186. — Della donazione di usufrutto, che possono farsi i coniugi, sia per contratto di matrimonio, sia pendente il matrimonio. Vedi *Donazione tra coniugi*.

Il legatario deve sopportare l' usufrutto, che grava la cosa legata; 2556.

V

VEDOVA; Vedi Donna vedova.

FINE DELLA TAVOLA GENERALE

201.335

NAG 2011678

Digitized by Google